

LEONARDO MARCONDES MACHADO

**PERICULOSIDADE: DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA ÀS PRISÕES
CAUTELARES. UMA HISTÓRIA DE PERMANÊNCIAS
AUTORITÁRIAS.**

CURITIBA

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

**PERICULOSIDADE: DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA ÀS PRISÕES
CAUTELARES. UMA HISTÓRIA DE PERMANÊNCIAS
AUTORITÁRIAS.**

Dissertação apresentada pelo mestrando
Leonardo Marcondes Machado ao programa
de Pós-graduação em Direito da
Universidade Federal do Paraná como
requisito parcial para outorga do título de
Mestre em Direito do Estado.

Orientadora: Profa. Dra. Katie Silene
Cáceres Argüello

CURITIBA

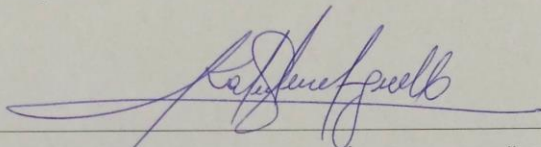
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

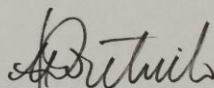
LEONARDO MARCONDES MACHADO

PERICULOSIDADE: DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA ÀS PRISÕES
CAUTELARES. UMA HISTÓRIA DE PERMANÊNCIAS AUTORITÁRIAS.

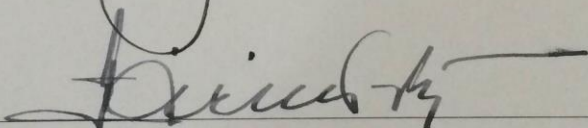
Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em
Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca
examinadora:



Prof.ª. Dra. KATIE SILENE CÁCERES ARGÜELLO
Orientadora – Universidade Federal do Paraná (UFPR)



Prof. Dr. JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO
Primeiro Membro – Universidade Federal do Paraná (UFPR)



Prof. Dr. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS
Segundo Membro – Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC)

Curitiba, 06 de abril de 2016.

AGRADECIMENTOS

Ao meu filho, Eduardo, fonte inesgotável de amor e coragem. Serei eternamente grato pela experiência da sua convivência e por ter me feito aluno deste curso intensivo de como amar alguém além de nós mesmos e aprender a ter coragem nesta vida (Saramago). Tu és o renovo genuíno de forças e esperanças, motivação constante para toda a caminhada. Com o meu pedido de vênias ao grande *Poetinha*, Vinícius de Moraes, numa adaptação pessoal ao clássico *Enjoadinho*, só poderia dizer-lhes: Filhos...Filhos? Impossível não tê-los!

Aos meus pais, Hamilton e Mônica, pelo carinho sempre demonstrado e pela garra incansável na minha formação. *Ágape!* É a imagem que guardo comigo do amor recebido. Assumindo o risco pelas aparentes contradições linguísticas, diria que foram capazes de dar o que não tinham para que eu pudesse experimentar o que apenas imaginavam existir. Não esquecerei jamais!

A quem sempre esteve ao meu lado desde o início; acompanhou todo este processo e muitos outros. Viveu e sentiu diretamente tudo isso. Obrigado pelo seu costumeiro e indispensável apoio. Se algum sucesso fora alcançado, devo, em grande medida, ao seu suporte. O reconhecimento, acima de qualquer coisa, é absolutamente sincero.

À minha querida e competente orientadora, Professora Doutora Katie Silene Cáceres Argüello, verdadeiro exemplo de profissional. Alguém que exerce o magistério de maneira leve, porém absolutamente responsável; intelectual humilde e comprometida com a transformação da realidade social. É o tipo de gente que realmente importa (e falta!) na academia.

Aos amigos Alexandre Morais da Rosa e Gustavo Noronha de Ávila, pela oportunidade de uma convivência para além do direito. Daqueles que surgem em meio a uma humanidade “louca e santa” com “brilho questionador e tonalidade inquietante”.

Ao Mestre Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, verdadeiro baluarte do processo penal brasileiro, professor que sempre admirei de longe e finalmente

tive a oportunidade de conhecer pessoalmente. Não poderia deixar de agradecer pela vossa acolhida.

Aos membros do Grupo “Sedição Penal”, na Manchester Catarinense, meus diletos amigos criminólogos Leandro Gornicki Nunes e Helena Schiessl Cardoso, pelo fortalecimento de um viés crítico com relação aos saberes penais e, claro, pelo companheirismo de sempre!

Aos inicialmente colegas do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, hoje amigos João Rafael Oliveira, Leandro Rutano, Leonardo Costa de Paula, Bruno Cortez Castelo Branco, Márcio Berclaz e Camilin Marcie de Poli.

Ao grupo incansável de juristas que resistem ao “senso comum teórico” (Warat) e assumem o preço pela ideologia contramajoritária defendida, o meu respeito. Os nomes de Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Vera Regina Pereira de Andrade Maurício Stegmann Dieter e Rubens Casara, dentre outros importantes críticos do sistema penal, obviamente não poderiam ser omitidos nesta seção. As vossas lições foram essenciais não apenas para este trabalho, mas para a formação de um saber criminológico de resistência aos abusos punitivos e de ruptura com o espírito conservador da academia brasileira.

Aos colegas de magistério em Joinville/SC, Curitiba/PR e Florianópolis/SC, bem como a todos os alunos que aturam com paciência e respeito os meus devaneios e desabafos a respeito do sistema de justiça criminal neste país, que sigamos juntos nesta empreitada democrática utópica.

Por fim, aos que pretendiam interromper esta caminhada e não mediram esforços para tanto, desejo-lhes uma excelente leitura. Aprendi com Mário de Andrade e Rubem Alves a não perder tempo com mediocridades ou melindres; afinal de contas, para mim apenas o essencial faz a vida valer a pena!

Aos “ninguéns: os filhos de ninguém, os donos de nada”!

(Eduardo Galeano)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA ETIOLÓGICA E SUAS CONTRIBUIÇÕES À TEORIA DA PERICULOSIDADE	19
1.1. Cientificismo Oitocentista e Filosofia Positivista	20
1.2. Criminologia Etiológica Individual: Abordagens sobre a <i>Scuola Positiva</i> Italiana	30
1.2.1 Cesare Lombroso	39
1.2.2 Enrico Ferri	45
1.2.3 Raffaele Garofalo	56
1.3. A Recepção Brasileira aos Postulados de Periculosidade Individual e Defesa Social	60
1.3.1 A Teoria da Perigosidade Criminal em Aníbal Bruno	63
2. MEDIDAS DE SEGURANÇA PARA A CONTENÇÃO DOS PERIGOSOS E INDESEJÁVEIS	70
2.1 O Sujeito Inculpável e a Resposta Penal: Uma Visão Dogmática Tradicional da Medida de Segurança no Direito Brasileiro	72
2.1.1 Sobre a Imputabilidade ou Capacidade Psíquica de Culpabilidade	72
2.1.2 Medidas de Segurança: O Remédio Penal para a Periculosidade Individual.	74
2.2 O “Locus” de Criminalização: Dos Manicômios Judiciários aos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico	78
2.3 Olhares Para Além do Discurso Oficial	83
2.3.1 A Construção do Significante Doença Mental e seu Uso Higienista Social.	87

3. A (DES) CAUTELARIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

..... 102

3.1 Breves Notas sobre a Tutela Cautelar no Processo Civil Brasileiro e sua
Influência no Campo Processual Penal 102

3.2 Garantia da Presunção de Inocência e Excepcionalidade da Prisão Cautelar: do
Iluminismo Europeu ao Autoritarismo Brasileiro 112

3.3 A Prisão Cautelar na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: flertando com
a periculosidade. Pela Garantia da Ordem Pública e do Encarceramento em Massa
..... 123

3.4 Para Além do Discurso Jurídico de Cautelaridade: um retrato da sobrepopulação
prisional provisória? 129

3.5 Marginalizados e Perigosos: seletiva e autoritariamente encarcerados! 138

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 144

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 146

DOCUMENTOS COM REFERÊNCIA NA INTERNET 163

PESQUISA JURISPRUDENCIAL 165

RESUMO

O sistema penal constitui o principal mecanismo de controle social da população marginalizada no regime capitalista. As finalidades reais do poder punitivo, especialmente a sua dimensão política como instância de manutenção das desigualdades sociais, encontram na teoria positivista da periculosidade importante base operativa. Os discursos de perigosidade e defesa social articulam-se por meio dos jogos de saber/poder (FOUCAULT) produzidos pela cientificidade oitocentista e assumem o caráter de permanência histórica autoritária no programa oficial de criminalização da pobreza (WACQUANT). A “ralé brasileira” (JESSÉ SOUZA), formalmente imputável ou inimputável penalmente, será submetida à rotulação de classe perigosa e, assim, excluída da convivência social em nome da preservação da ordem pública, seja por intermédio das prisões cautelares seja pela via das medidas de segurança de internação. Trata-se, portanto, de um autoritarismo histórico, amparado por um saber jurídico-penal tradicional, muito influenciado pela *Scuola Positiva* italiana (LOMBROSO, FERRI e GAROFALO), (de)formador da práxis do sistema de justiça criminal brasileiro. A vertente pesquisa, na linha de uma criminologia crítica do controle social do desvio e da criminalidade, busca analisar justamente essas relações de poder que estão para além das meras aparências jurídicas e que mantêm o regime segregacionista imposto à “underclass”. Pretende-se, com o desvelamento dessa lógica jurídica classista (CIRINO DOS SANTOS), o resgate de um pensamento criminal libertário, sob viés nitidamente emancipatório, preocupado de fato com a transformação da realidade social para a preservação da vida humana (DUSSEL).

Palavras-chave: *Saberes Penais – Criminologia Positivista – Periculosidade.*

ABSTRACT

The criminal system is the primary mechanism of social control of the marginalized population in the capitalist regime. The real purpose of the punitive power, especially its political dimension as instance of maintenance of in-depth social inequalities by globalization that excludes, find in the positivist theory of danger important operational base. The speeches of harmfulness and social defense articulated by the knowledge and power games (FOUCAULT) produced by 19th century science assume the character of permanence in the official program of authoritarian historic criminalization of poverty (WACQUANT). The “ralé brasileira” (JESSÉ SOUZA) formally responsible or not criminally responsible, will be submitted to the labeling of dangerous class and thus excluded from social coexistence in the name of preservation of public order, either through pretrial detention or by the security measures. Therefore, it is a historical authoritarianism, supported by a traditional criminal knowledge, heavily influenced by the *Scuola Positiva* (LOMBROSO, FERRI and GAROFALO), (de)former of the praxis of the Brazilian criminal justice system. The research, in the line of a critical criminology of the social control of deviance and crime, seeks to analyse precisely these power relations that are beyond mere legal appearances that keeps the segregationist regime to the underclass. It is intended, with the unveiling of this classist legal logic (CIRINO DOS SANTOS), the rescue of a libertarian criminal thinking clearly worried about the transformation of social reality for the preservation of human life (DUSSEL).

Key Words: *Criminal Science – Positivist Criminology – Danger.*

INTRODUÇÃO

De antemão, embora seja evidente, não custa afirmar que este singelo trabalho não tem qualquer pretensão de exaurimento do tema ou de fornecer interpretações conclusivas em torno dele. Não traz, em verdade, fórmulas inovadoras ou conceitos extraordinários; apenas recupera obviedades. Mas obviedades que não podem cessar, porque estabelecidas como resistência democrática, fundadas na alteridade, em meio a um sistema penal historicamente contaminado pela desconsideração dos sujeitos e a correspondente instrumentalização punitiva em favor de uma minoria classista dominante capaz de gozar com e pelo poder político em detrimento das classes submetidas ao regime de produção capitalista.¹

Não se desconhece que o direito seja, inegavelmente, uma instância marcada pela produção de conhecimento. Necessário, contudo, que se trate de um lugar de conhecimento crítico e, portanto, desconfiado do *status quo*. A teorização meramente instrumental de categorias dogmáticas para a perpetuação da ordem estabelecida de nada adianta. Um saber preocupado com a legitimação das estruturas importa a poucos; pouquíssimos, em verdade, nunca a todos.

É justamente esta a relevante diferença quanto ao tipo de saber produzido (e sobre a qual não se pode silenciar): teoria tradicional X teoria crítica. A primeira está vinculada às comunidades hegemônicas e serve ao sistema dominante. A crítica, contudo, articula-se em nome dos oprimidos ou excluídos, de maneira a contestar o que é dado como realidade (finalidade negativa) e a

¹ Nesse sentido, leciona Juarez CIRINO DOS SANTOS: “as classes, ou bloco de classes dominantes nas relações de produção detêm e exercem a hegemonia nos quadros do poder político da sociedade, garantindo os fundamentos das relações de produção capitalistas (separação trabalhador-meios de produção), pelos aparelhos de coação do Estado (política, forças armadas, burocracia, etc.), e reproduzindo essas relações pelas formas jurídicas do sistema legal, cujas diretrizes básicas, enunciadas em normas gerais e obrigatórias, disciplinar e controla as relações sociais nos limites e conforme as exigências das relações de produção, funcionando, simultaneamente, como técnica de controle e de organização social e como lei do modo de produção capitalista” (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 61).

desenvolver formulações alternativas positivas (“utopias possíveis”).² Logo, o que se deveria buscar não poderia ser outra coisa além de um conhecimento “a serviço dos direitos fundamentais do homem e da criação de formas autênticas de democracia econômica, social e política”.³

O desafio é grande e torna-se ainda maior “em uma era de pasteurização e de mercantilização dos saberes”, com baixo nível de investigadores preocupados com a formação e a densificação de um pensamento acadêmico crítico.⁴ Sublinhe-se, no entanto, como diria Jacinto COUTINHO, que “não há pesquisa sem compromisso, inclusive para os eternos Pilatos. Afinal, os resultados sempre produzirão grandes efeitos, servindo ao avanço democrático ou à manutenção do *status quo*”.⁵

Nesse sentido, afirma Luiz Fernando COELHO que a cada jurista incumbe a importante decisão quanto ao projeto político a ser adotado, *in verbis*:

“A dialética da participação vai exigir do jurista a conscientização de seu real papel em meio aos conflitos sociais, e levá-lo a elaborar seu projeto político, segundo a tese fundamental, de que o direito não é o passado a condicionar o presente, mas o presente construindo o futuro”.⁶

² DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão*. 4 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012, p. 454.

³ FALS BORDA, Orlando. *Ciencia Propia y Colonialismo Intelectual*. México: Editorial Nuestro Tiempo, 1974, p. 25.

⁴ “Em uma era de pasteurização e de mercantilização dos saberes, com o ensino universitário imerso na lógica atuarial das metas quantitativas e com o império da lógica manualística que traduz o descompasso do mercado editorial com a publicação de sérias obras propedêuticas e de investigações específicas em temas sensíveis, a academia nacional vive seu período de maior crise. Neste cenário de educação virtual, muitos pesquisadores – termo utilizado neste momento para designar o investigador comprometido com a *formação* e a *densificação* do pensamento acadêmico crítico – encontram-se no dilema entre o *imobilismo* ou o *assimilacionismo*, ou seja, entre cair no ostracismo e abandonar projetos sérios ou aderir à lógica do mercado educacional e agir pensando exclusivamente na sua promoção pessoal, fenômeno este que pode ser denominado de *carreirismo acadêmico*” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Apresentação. Coleção *CriminologiaS: Discursos para a Academia*. In: VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. *A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. XIV, XV).

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (por prefácios selecionados)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 107.

⁶ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 63

Segundo WACQUANT, o pensamento crítico mais proveitoso é aquele que

“promove o casamento da crítica epistemológica com a social, questionando de maneira contínua, ativa e radical as formas estabelecidas de pensamento e as formas estabelecidas de vida coletiva – ‘senso comum’ ou *doxa* (inclusive a *doxa* da tradição crítica) –, paralelamente às relações sociais e políticas que se estabelecem num momento particular numa sociedade particular (...) pensamento crítico é o que nos dá os meios de *pensar sobre o mundo* tal como ele é e *tal como poderia ser*”.⁷

Veja que não se trata de apenas nomear o conhecimento enquanto crítico tampouco de uma crítica vazia, destituída de fundamento ou ponto de chegada. Não é a crítica pela crítica, e sim a transformação do saber e, consequentemente, da práxis por meio da abdicação do “senso comum teórico” ou da ruptura com o “saber jurídico institucionalmente sacralizado”.⁸ Crítico no sentido de mostrar o “invisível”, de preocupar-se com a “ciência do oculto”.⁹ Ou, como leciona Franco BRICOLA, de livrarmo-nos da “fantasia dogmática”.¹⁰

Trata-se, portanto, de “desenvolvimento do senso crítico, do pensar autônomo, que só pode consolidar-se através da livre tomada de consciência dos problemas do homem e do mundo, e do engajamento profundo na tarefa de resolver esses problemas”.¹¹

Os juristas, contudo, muitas vezes parecem não se dar conta, ou então, preferem não se dar conta do estado de alienação conservadora e da correspondente perversidade na adoção de uma “racionalidade meramente instrumental”, que os mantém “completamente encastelados em sua ‘torre de

⁷ WACQUANT, Loic. *As Duas Faces do Gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo 2008, p. 133, 134.

⁸ WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis: UFSC, n. 5, p. 48 - 49, 1982.

⁹ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2 ed. Trad. de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1994, p. 21, 30.

¹⁰ BRICOLA, Franco. Rapporti tra dommatica e politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, ano XXXI, fasc. 1, jan./mar., 1988, p. 5.

¹¹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 163.

marfim’, felizes e saciados com os seus joguetes dogmáticos”, sem que sintam, “mediante esse cinismo, qualquer racimo de dor, angústia ou aflição”.¹²

Assim, o que não se admite, de forma alguma, é o “conforto das posturas neutrais!”.¹³ Mesmo porque, no fundo, quem se acha neutro já faz parte da estratégia de alguém ou de algum grupo (progressista ou reacionário), apenas não sabe (ou prefere não saber).¹⁴ Por evidente, uma teoria jurídica descomprometida com a realidade, uma “ciência do direito” alienada, é o que mais convém à ideologia social imposta pelas classes dominantes.

Nessa seara, vale transcrever a contundente denúncia de Agostinho Ramalho MARQUES NETO sobre um modelo de saber e de jurista acríticos:

“Com efeito, estas (as classes dominantes) procuram efetivar, sob a máscara de uma pretensa universalidade, a consagração legal dos seus próprios interesses. Nada lhes é mais conveniente do que manter o jurista amarrado a uma formação dogmática que o transforme num dócil intérprete das leis – de preferência sob a ótica do sistema dominante –, e o impeça de formular juízos críticos que ponham em xeque a estrutura, os fundamentos, e o funcionamento do sistema de poder *estabelecido*”.¹⁵

A situação é ainda pior quando pensamos no campo específico das “ciências criminais”. Não seria exagero afirmar que esse tipo de apatia democrática substancial, cujas consequências negativas atravessam todo o saber jurídico, encontra no sistema de justiça criminal a sua face mais atroz. As mazelas flagrantes – e por todos conhecidas – do sistema penal brasileiro são resultado direto da falta de comprometimento político-ideológico, no sentido de respeito intransigente aos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, por parte daqueles que atuam na área, inclusive em seu campo teórico (isto é: a doutrina). A falta de um saber crítico, marcado por um lugar de limitação da dor gerada no e pelo sistema criminal, é questão de base.

¹² MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos Críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (por prefácios selecionados)*(...), p. 108.

¹⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 03 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 39.

¹⁵ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 167.

Com razão, afirma ZAFFARONI que,

“se entregamos os instrumentos de navegação do poder jurídico de contenção das pulsões autoritárias – normais em todo Estado de direito real –, o poder jurídico fica privado de qualquer possibilidade de eficácia não somente tática, como também estratégica”.¹⁶

Exatamente por isso a urgência em se (re)discutir as questões criminais por meio de uma perspectiva diversa da instância de conhecimento servil, buscando superar o atual cenário teórico marcado pelo “reforço do dogmatismo, o isolamento científico e o natural distanciamento dos reais problemas da vida”¹⁷

O viés crítico ganha ainda mais relevância no contexto brasileiro, submetido a um regime de subcidadania pela “naturalização da desigualdade periférica”.¹⁸ Por isso, necessário investigar as construções dogmáticas do direito penal e processual penal, bem como analisar a jurisprudência construída em torno delas por meio das lentes atentas de uma criminologia crítica do poder punitivo, capaz de colocar em discussão sua operatividade social e individual, além de viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social.¹⁹ Apenas o discurso jurídico crítico permitirá compreender o significado político do sistema criminal e seu objetivo de controle da população marginal nas sociedades capitalistas contemporâneas.²⁰

É com este escopo que surge o vertente trabalho e desta maneira que se pretende desenvolvê-lo. Com efeito, o seu primeiro capítulo versa sobre a construção teórica da periculosidade no sistema criminal com enfoque nas contribuições da criminologia etiológica oitocentista e sua recepção no campo doutrinário jurídico-penal brasileiro. As linhas iniciais buscam retratar o ambiente cientificista do século XIX como pano de fundo para o movimento

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*(...), p. 13.

¹⁷ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57.

¹⁸ SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da sociedade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 179.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 287-288.

²⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 05 ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 6-14.

filosófico positivista de COMTE e a sua influência no paradigma criminológico em desenvolvimento à época, especialmente a partir dos trabalhos da *Scuola Positiva* italiana de Lombroso, Ferri e Garofalo.

A preocupação em torno da observação, identificação e registro das origens do crime, ou melhor, do criminoso para a contenção desse perigo em nome da tutela do corpo social inaugura um verdadeiro giro criminológico. A ciência da criminologia buscará, com fulcro numa metodologia positivista, explicar a criminalidade e, ao mesmo tempo, auxiliar no desenvolvimento de mecanismos para a defesa social contra esses sujeitos “perigosos”. Assim, ganha cada vez mais importância, inclusive no contexto brasileiro, uma “teoria da periculosidade criminal”.

Com o objetivo de analisar a recepção desses ideais positivistas no Brasil, opta-se pelo estudo de uma obra específica da literatura jurídica nacional, da lavra do professor pernambucano Aníbal Bruno, intitulada *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*. O referido estudo aparece como chave de leitura importante para a compreensão de todo o arcabouço positivista de periculosidade que informará, ainda hoje, o sistema penal brasileiro.

Aliás, essas medidas criadas com base no estado perigoso são justamente o assunto específico do segundo capítulo desta pesquisa. Neste tópico, em que loucura e crime parecem ocupar um espaço de indeterminação, é possível perceber com nitidez os trágicos efeitos da associação entre as “ciências” psi e jurídico-penal.

Nesse jogo de saberes e poderes, penal e psiquiátrico, o que se vê é uma rede tipicamente dominadora das subjetividades, uma verdadeira manobra para subjugar os corpos, travestida de operação terapêutica individual e protetiva social.

Após a apresentação do “sujeito inculpável” e da resposta penal formatada pela dogmática tradicional da medida de segurança no direito brasileiro, passa-se à problematização dos principais elementos que fundam esse discurso oficial. É o momento de colocar em xeque certas categorias do senso comum como a própria noção de doença mental e o juízo de periculosidade. A denúncia sobre a sua

imprecisão teórica e o uso político desses dispositivos para a contenção dos grupos marginalizados caminha juntamente com o desvelamento crítico do *locus* de criminalização: os manicômios judiciários.

O terceiro capítulo, ainda nos rastros das permanências autoritárias de um sistema penal fundado na periculosidade, volta-se agora à situação das prisões provisórias na teoria da (des)cautelaridade nacional. Não se trata mais de “loucos criminosos” e, por isso, excluídos do convívio social pelas medidas de segurança, mas de uma construção processual para a privação cautelar da liberdade de “investigados ou acusados criminosos”. Ambos, no entanto, sejam imputáveis sejam inimputáveis, estão condenados à segregação pela periculosidade criminal.

Neste tópico, que trata da prisão preventiva no Brasil, são enfrentados alguns temas essenciais como a influência da tutela cautelar processual civil no campo penal, bem como a garantia formal de presunção de inocência e excepcionalidade da prisão provisória. Todo esse arcabouço teórico é posto em análise diante de alguns casos emblemáticos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos próprios dados oriundos do sistema de justiça criminal a respeito da (sobre)população de presos provisórios.

Pretende-se, dessa forma, na linha de uma criminologia crítica do controle social do desvio e da criminalidade, fundada na teoria materialista do poder, gerar um estado de constrangimento às estruturas do sistema punitivo brasileiro, principalmente na sua base, marcada pela histórica e autoritária categoria da periculosidade.

Aliás, autoritarismo que pode ser analisado em diversos contextos como abuso na constituição ou no exercício do poder de autoridade, como regime político, como ideologia política e como fenômeno psicológico-social.²¹

²¹ A lição de Christiano FRAGOSO sobre as acepções do autoritarismo merece transcrição integral: “O autoritarismo, no contexto de abuso na constituição ou exercício do poder de autoridade, se caracteriza pelo fato de que a autoridade é ilegítima ou ilegalmente constituída ou exercida. Como regime político, o autoritarismo se caracteriza por se opor à existência ou ao pleno funcionamento das instituições democráticas (Parlamento, imprensa, oposições políticas) e dos direitos e garantias individuais. Como ideologia política, o autoritarismo se caracteriza por defender concepções anti-igualitaristas e anti-individualistas da sociedade, colocando a ordem e a segurança como princípios cardeais. Por fim, como fenômeno psicológico, o autoritarismo se caracteriza por (i) concepções maniqueístas e arraigadas do mundo; (ii) criação, a partir de um

Ademais, segundo Christiano FRAGOSO, indispensável considerar os diferentes âmbitos, que se comunicam e retroalimentam, justamente para uma compreensão adequada do fenômeno do autoritarismo, o qual absolutamente presente inclusive em sistemas formalmente democráticos.²²

Nesse sentido, o desvelamento das engrenagens criminais de dominação, para além das meras aparências legais e dogmáticas que buscam disfarçar as relações de poder que informam as práticas segregacionistas impostas às populações alijadas de capital econômico, político e cultural na sociedade brasileira, constitui o objetivo maior desta singela pesquisa.

Acredita-se, de modo sincero, que somente por meio da denúncia dessa lógica jurídica classista²³ será possível resgatar um pensamento criminal libertário, de viés emancipatório, que esteja de fato preocupado com a transformação da realidade social para a preservação da vida humana²⁴.

valor de identidade, de grupos dentro e fora; (iii) maior necessidade de ordem e segurança; (iv) prontidão de submissão e obediência à autoridade, conformidade e apego à tradição e a normas convencionais; (vi) propensão à intolerância e até à hostilidade; (vii) tendência à seletividade; e (viii) tendência a raciocinar por preconceitos e estereótipos” (FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 385 - 386).

²² FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*(...), p. 386

²³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*(...), p. 14.

²⁴ Segundo Dussel, este deveria ser o princípio universal de toda ética, em especial das éticas críticas: “o princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito ético em comunidade” (DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. 4 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 93).

CAPÍTULO 1

A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA ETIOLÓGICA E SUAS CONTRIBUIÇÕES À TEORIA DA PERICULOSIDADE

O tema deste capítulo é o processo de construção da teoria da periculosidade no sistema de justiça criminal e sua relação com os postulados de tutela social. No entanto, para se chegar até esse lugar tem-se como indispensável o resgate de noções elementares da Criminologia Etiológica do século XIX, especialmente nas formulações teóricas desenvolvidas pela *Scuola Positiva* de LOMBROSO, FERRI e GAROFALO; o que, por sua vez, parece-nos inviável sem ao menos breves apontamentos a respeito do contexto filosófico oitocentista, principalmente no tocante ao positivismo de Auguste COMTE e aos interesses burgueses em jogo.

Nesse sentido, afirma ZAFFARONI:

“É praticamente impossível compreender o sentido do surgimento ‘independente’ deste saber (criminológico) com patente autonomia científica, se não se compreende o sentido geral do ‘positivismo’ e o jogo ideológico dos ‘saberes’ mais amplos dos quais se nutria e os interesses que estavam em jogo no marco do poder decimonônico”.²⁵

É justamente esse o caminho desenhado para este capítulo, pensado na interlocução sempre indispensável entre teorias criminológicas e estruturas sócio-econômicas.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. v. I. Bogotá: Temis, 1998, pp. 131 - 132: “Es prácticamente imposible comprender el sentido del surgimiento ‘independiente’ de este saber (criminológico) con patente científica autónoma, si no se comprende el sentido general del ‘positivismo’ y el juego ideológico de los ‘saberes’ más amplos de que se nutría y los intereses que estaban en juego en el marco del poder decimonónico”.

1.1. Cientificismo Oitocentista e Filosofia Positivista

O século XIX é considerado o “tempo da ciência”, mais especificamente da ciência aplicada. É o século do cientificismo universal e dos cientistas especializados. Cite-se, v.g., Alexander von Humboldt (1769-1895), considerado o “último cientista universal”, responsável por uma obra vastíssima e de grande sucesso, como o seu *Cosmos*.²⁶

Trata-se do “momento de constituição dos campos de saber, das disciplinas, das áreas de atuação de cada ciência, bem como de sua autonomia face às demais”.²⁷

Segundo ZAFFARONI, uma época em que as ideologias apresentavam-se com “roupagem asséptica de um saber supostamente objetivo, verificável e experimental, chamado ‘ciência’”. E, ainda, “todos os interesses, ou pelo menos os mais importantes, consideravam que a ciência estava do seu lado”.²⁸

Importante observar que o cientificismo é justamente essa “intenção metodológica da ciência (do ato científico), mas reassumida por uma pretensão”; pretensão de “assumir para a ciência a função religiosa de salvação”.²⁹ Fato extremamente curioso é o de que os cientistas da época, nas mais diversas áreas, “ao tentarem compreender os fenômenos cósmicos, desvinculando-os da crença religiosa, não impediram que se sacralizasse uma nova crença, justamente a crença na verdade científica”.³⁰

A ironia de um papel “messiânico” da ciência moderna também é apontada por Boaventura de Sousa SANTOS:

²⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 286, 287.

²⁷ KHALED JR, Salah H. . A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 217.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen(...)*, p. 131: “No obstante, a medida que el siglo fue avanzando, pudo notarse que ideologías y matices, compatibles o incompatibles, iban ataviándose con el ropaje aséptico de un saber supuestamente objetivo, verificable y experimental, llamado ‘ciencia’ . Todos los intereses, o al menos los más importantes, consideraron que la ‘ciencia’ se hallaba de su parte”.

²⁹ RICOEUR, Paul. *História e Verdade*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 199.

³⁰ GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e Aceleração (mito, verdade, tempo). In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 1, 2.

“No início do século XIX, a ciência moderna tinha já sido convertida numa instância moral suprema, para além do bem e do mal. Segundo Saint-Simon, a crise moral que grassava na Europa desde a Reforma, e a conseqüente separação entre os poderes secular e religioso, só podia ser resolvida por uma nova religião. Essa religião era a ciência”.³¹

O cientificismo foi marcante no pensamento da civilização ocidental. Representou, sem exageros, uma nova forma de enxergar o mundo; uma maneira metodologicamente científica e, por isso, “verdadeira”, ou melhor, indispensável para a obtenção da verdade. Tratava-se de uma nova verdade - agora científica. Consagrava-se, portanto, um novo modelo de conhecimento. A matriz era objetiva, o que “implicava a eliminação do indivíduo e da subjetividade”,³² além de ser guiada pela observação e pela experimentação, de onde extraídas leis gerais.

Tinha-se a ideia de que apenas dessa maneira seria possível um conhecimento mais profundo e rigoroso da natureza. Não por outra razão que a matemática fornece importante base à ciência moderna. O resultado é “um conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos”.³³

Na mesma esteira é a lição de Ruth GAUER sobre o método experimental científico:

“O método experimental científico, na sua preocupação de bem definir os seus objetos, procura, sobretudo, bem delimitá-los. Assim responde, por um lado, ao ideal da criação de objetos de experimentação reprodutíveis em diferentes laboratórios do mundo, quaisquer que sejam as circunstâncias, e assim responde, por outro, ao ideal de cumulatividade que sustenta a crença num futuro passível de ser planejado e construído pelo método científico”.³⁴

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. v.1: *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 51.

³² MORIN, Edgar. *Complexidade e Liberdade*. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (Org.). *A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo*. 2 ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2014, p. 241.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente(...)*, p. 63.

³⁴ GAUER, Ruth M. Chittó. *Conhecimento e Aceleração (mito, verdade, tempo)*. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 2.

Verifica-se uma forte crença no progresso por meio da ciência. Segundo Hannah ARENDT, essa convicção progressista ilimitada encontrou aceitação universal principalmente em razão do impressionante desenvolvimento das ciências naturais, as quais, desde o início da modernidade, tornaram-se realmente ciências “universais” e, por conseguinte, promitentes desse interessante discurso de infindável “exploração da imensidão do universo”.³⁵

Há um otimismo embalado pela verdade científica, uma aposta no homem racional; enfim, uma suposta “evolução histórica” de caráter profano. O deus agora é a ciência – que deve orientar a construção do conhecimento humano em suas diferentes especialidades. O domínio deste tipo de saber objetivo, excludente da subjetividade, é divulgado como funcional, utilitário e sempre mais próximo do “real”.³⁶

Note-se como a revolução científica do século XVI - operada por Copérnico, Galileu e Newton - é desenvolvida nos anos seguintes, principalmente no domínio das ciências naturais, até encontrar o seu ápice no século XIX, ocasião em que essa racionalidade é estendida às ciências sociais emergentes.³⁷

A centralidade da matemática faz com que o rigor científico seja pautado pela exatidão das medições, o que redundará em nítida opção por análises de viés quantitativo ao invés de qualitativo. Dizia-se que a ciência deveria se ocupar daquilo que era mensurável, isto é, do quantificável; o restante poderia ficar a cargo da metafísica.

O cientificismo matemático estabeleceria, ainda, a necessidade de divisão ou repartição de saberes para a devida compreensão. Ou seja, toda a complexidade dos eventos deveria ser partida ou decomposta em fragmentos menores, os quais seriam melhor analisados e apreendidos pelos cientistas

³⁵ ARENDT, Hannah. *Sobre a Violência*. Trad. André de Macedo Duarte. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 46.

³⁶ GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e Aceleração (mito, verdade, tempo). In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 3, 4.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente(...)*, pp. 60, 61.

especializados. É a própria lógica de especialização dos saberes; o “mundo dos especialistas”.

A sua influência nas ciências sociais da época pode ser facilmente percebida na “física social” de Auguste Comte ou nas análises sobre os “fatos sociais” de Emile Durkheim.³⁸ Tinha-se a pretensão de um “estudo científico da sociedade” a partir do mesmo parâmetro objetivo utilizado para os fenômenos naturais. Segundo Durkheim, v.g., necessário conceber os “factos sociais como coisas” e reduzi-los “às suas dimensões externas, observáveis e mensuráveis.”³⁹ Tudo a possibilitar o reconhecimento de leis gerais que governariam a sociedade da época e, por conseguinte, permitiriam traçar os eventos futuros sob o rótulo da previsibilidade.

Conforme SANTOS, esse modelo global de racionalidade, que rechaça o senso comum e as chamadas humanidades, transforma-se ainda em um regime totalitário, “na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas”.⁴⁰

É claro que existia uma relação entre esse ideal de ciência e as estruturas de poder existentes à época. O referido discurso europeu de “progresso” em muito interessava à consagração da burguesia. As inovações teóricas e práticas foram incorporadas (e estimuladas) pelas organizações político-econômicas do século XIX.

Conforme aponta Vera BATISTA, valendo-se de BRAUDEL e MENEGAT, a nova classe social, a burguesia emergente, vai produzir saberes decorrentes de suas novas funções econômicas; um saber monetário, burocrático, a favor das racionalizações necessárias ao processo de centralização do poder.⁴¹

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 35.

³⁹ DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. Lisboa: Presença, 1980 *apud* SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*(...), p. 35.

⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*(...), p. 61.

⁴¹ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 33.

Na mesma linha, KHALED JR. afirma que esse novo paradigma oitocentista, pautado na ideia de uma verdade cientificamente verificável, desempenharia nítido papel de legitimação do poder de então, senão vejamos:

“O deslocamento da religião para a ciência provocou uma transposição da força explicativa outrora atribuída às instâncias religiosas para a mais nova crença, a cientificidade. Ou seja, houve uma superação da antiga articulação entre Igreja e Estado Absolutista, entre clero e nobreza, para uma nova aliança, entre o campo científico e o Estado Liberal laico, favorecendo os interesses da burguesia. Essa nova crença, a cientificidade, serviu muito bem ao papel de instrumento de legitimação do poder. Mais do que uma decorrência do acaso ou mero desvio, passou a ser propriamente uma função, que inclusive impulsionava o próprio desenvolvimento dos saberes científicos”.⁴²

É preciso lembrar que se trata de um período pós-revolucionário, isto é, fruto das revoluções burguesas (séculos XVII e XVIII, bem como início do XIX). Logo, um tempo de hegemonia econômica e política da burguesia. Esse novo contexto hegemônico é absolutamente receptivo e interessado no discurso científico, especialmente na sua formulação positivista.

O positivismo, corrente de pensamento tipicamente oitocentista, que nutria profunda crença no ser humano e grande otimismo em relação aos progressos científicos e tecnológicos, é marcado pela ideia de ciência pura.

O principal atributo do positivismo, do qual decorrem seus caracteres basilares, é a sua insistência na unidade do método científico. Nesse sentido, as premissas e instrumentos que consideram eficazes para o estudo do mundo físico possuem igual validade e utilidade para o estudo da sociedade e do homem. Insistem, portanto, no uso de métodos quantitativos do comportamento, em nome de uma pretensa “objetividade científica”, bem como na determinação das ações humanas por uma natureza definida e regida por leis.⁴³

Imperioso notar como o “fermento intelectual” resultante do século XVIII, as Luzes, criará, segundo Boaventura de Sousa SANTOS, as condições para a emergência das ciências sociais no século XIX:

⁴² KHALED JR, Salah H. . *A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 210, 211.

⁴³ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jack. *La Nueva Criminologia: contribución a uma teoría social de la conducta desviada*. 3 ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2007, p. 29.

“A consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista. Dado que, segundo este, só há duas formas de conhecimento científico – as disciplinas formais da lógica e da matemática e as ciências empíricas segundo o modelo mecanicista das ciências naturais – as ciências sociais nasceram para ser empíricas”.⁴⁴

LÖWY destaca as características básicas da filosofia positivista no domínio das ciências sociais e, particularmente, a sua doutrina de neutralidade axiológica do saber. Explica que o positivismo – em sua figura “ideal-típica” – pode ser apresentado a partir das seguintes premissas estruturais:

“1. A sociedade é regida por leis naturais, isto é, pelas leis invariáveis, independentes da vontade e da ação humanas; na vida social, reina uma harmonia natural.

2. A sociedade pode, portanto, ser epistemologicamente assimilada pela natureza (o que classificaremos como ‘naturalismo positivista’) e ser estudado pelos métodos, *démarches*, e processos empregados pelas ciências da natureza.

3. As ciências da sociedade, assim como as da natureza, devem limitar-se à observação e à explicação causal dos fenômenos, de forma objetiva, neutra, livre de julgamentos de valor ou ideologias, descartando previamente todas as prenoções e preconceitos”.⁴⁵

Neste particular, vale uma breve referência às contribuições do filósofo francês Auguste Comte ao desenvolvimento da ideologia positivista, que tanto influenciara os estudos sociais no período oitocentista.

Nascido em Montpellier, na França, no final do século XVIII, tornou-se aluno da famosa “Escola Politécnica” e foi considerado por alguns como o fundador da sociologia enquanto ciência, a qual pretendia batizar de “*physique sociale*” (“física social”).⁴⁶

COMTE foi autor de importantes obras, dentre elas “*Opuscules de philosophie sociale: sommaire appréciation sur l’ensemble du passé moderne*” (“Opúsculos de Filosofia Social: apreciação sumária do conjunto do passado moderno”) em 1820, “*Cours de Philosophie Positive*” (“Curso de Filosofia

⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*(...), p. 65.

⁴⁵ LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Trad. Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 17.

⁴⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*(...), p. 287.

Positiva”), publicado em seis volumes, entre os anos de 1830 e 1842, bem como “*Système de politique positive ou traité de sociologie instituant la religion de l’humanité*” (“Sistema de política positiva ou tratado de sociologia instituindo a religião da humanidade”), publicado de 1851 a 1854.⁴⁷

É considerado por ARON como o “sociólogo da unidade humana e social, da unidade da história humana”.⁴⁸ Se para COMTE haveria apenas um tipo de sociedade absolutamente válida, toda a humanidade deveria, segundo sua filosofia, chegar a esse modelo social. Em sua obra “Opúsculos”, que tem como objeto a descrição e a interpretação do momento histórico vivido na Europa durante o início do século XIX, afirma que um outro tipo de sociedade, científica e universal, estaria em vias de nascer. Nesse contexto, os cientistas substituiriam os sacerdotes e os teólogos como a categoria social responsável pela base intelectual e moral da nova sociedade.⁴⁹

COMTE faz questão de registrar, em sua primeira lição do Curso de Filosofia Positiva, que todo o desenvolvimento da inteligência humana, em suas mais diferentes áreas, desde as origens, é marcado por uma “grande lei fundamental”: a necessária e sucessiva passagem por três estados teóricos diferentes: (a) o teológico ou fictício, (b) o metafísico ou abstrato e (c) o científico ou positivo. O teológico seria o ponto de partida enquanto que o científico o ponto de chegada após transitar pelo metafísico.⁵⁰ Seguindo a estruturação desses “métodos de filosofar”, encontrar-se-ia no estado positivo a ambição de descoberta das leis dos fenômenos. Seria, portanto, a filosofia positiva o “verdadeiro estado definitivo da inteligência humana”.⁵¹ Explica que o caráter fundamental da filosofia positiva reside em considerar todos os fenômenos como sujeitos a leis naturais invariáveis, sendo que o descobrimento

⁴⁷ ARON, Raymond. *Etapas do Pensamento Sociológico*(...), pp. 65, 66.

⁴⁸ ARON, Raymond. *Etapas do Pensamento Sociológico*(...), p. 65.

⁴⁹ ARON, Raymond. *Etapas do Pensamento Sociológico*(...), pp. 65, 66.

⁵⁰ COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva (Lecciones 1 y 2). Discurso sobre el Espíritu Positivo*. Buenos Aires: Claridad, 2014, p. 16.

⁵¹ COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva*(...), p. 21: “(...) la filosofía positiva es el verdadero estado definitivo de la inteligencia humana”.

preciso e a posterior redução ao menor número possível constituem o seu principal objetivo.⁵²

Sustenta, ainda, que a fundação da “física social” completaria finalmente o sistema das ciências naturais, tornando possível e, inclusive necessário, reunir os diversos conhecimentos adquiridos a um estado fixo e homogêneo para a sua devida coordenação, apresentando-os como ramos diversos de um tronco único.⁵³

Segundo ARON, COMTE pode ser visto como um “doutrinário da ciência positiva e da ciência social”, sendo que em seu “Curso de Filosofia Positiva” tratará de estabelecer essa nova ciência, a sociologia, que, “admitindo a prioridade do todo sobre o elemento e da síntese sobre a análise, tem por objeto a história da espécie humana”.⁵⁴

“Convém acrescentar que Auguste Comte, considerando que a sociologia é uma ciência a maneira das ciências precedentes, não hesita em retomar a formula que já empregara nos Opúsculos: assim como não há liberdade de consciência na matemática ou na astronomia, não pode haver também em matéria de sociologia. Como os cientistas impõem seu veredicto aos ignorantes e aos amadores, em matemática e astronomia, devem logicamente fazer o mesmo em sociologia e política. O que pressupõe, evidentemente, que a sociologia possa determinar o que é, o que será e o que deve ser. A sociologia sintética de Auguste Comte sugere, aliás, tal competência: ciência do todo histórico, ela determina não só o que foi e o que é, mas também o que será, no sentido da necessidade do determinismo. O que será é justificado como sendo conforme com aquilo que os filósofos do passado teriam chamado a natureza humana, com aquilo que Auguste Comte chama simplesmente de realização da ordem humana e social”.

Em seu último livro, “Sistema de Política Positiva”, COMTE se dedica à fundamentação filosófica da tese de unidade da história humana. ARON traça uma espécie de resumo essencial dessa obra de COMTE a partir de três ideias: (i) para que a história humana seja uma só, é preciso que o homem tenha certa natureza reconhecível e definível, através de todos os tempos e de todas as sociedades; (ii) é preciso, em segundo lugar, que toda sociedade comporte uma ordem essencial que se possa reconhecer através da diversidade das organizações sociais; (iii) finalmente, é preciso que essa natureza humana e essa natureza

⁵² COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva*(...), p. 22.

⁵³ COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva*(...), p. 27.

⁵⁴ ARON, Raymond. *Etapas do Pensamento Sociológico*(...), pp. 67 , 69.

social sejam tais que possamos inferir delas as principais características do devenir histórico.⁵⁵

ANITUA destaca o caráter nitidamente conservador da argumentação comtiana, a qual considera “apologética e justificadora do sistema dominante, baseada fundamentalmente na ideia de Ordem”.⁵⁶ Trata-se do primado da ordem enquanto condição fundamental para o progresso; ao mesmo tempo, todo progresso tenderia a consolidar a ordem. Não sem razão que o lema positivista é justamente “Ordem e Progresso”.

“(…) indica que o progresso é meramente o aspecto dinâmico da ordem, que só é possível dentro de uma estabilidade harmoniosa, ou aspecto estático do progresso. A ordem, a harmonia e o consenso são os que permitem a submissão do múltiplo ao único. E esse único que pode ser entendido – enquanto ordem natural das coisas – e que tem capacidade de progredir – como evolução natural – é a sociedade, sempre e quando guiada por métodos científicos”.⁵⁷

O positivismo, conforme RAMIREZ, enuncia uma espécie de “cosmologia da ordem e do progresso”, já que, diante dessa “grande ciência”, capaz de descobrir as leis que regulam os fatos, inclusive sociais, torna-se possível estabelecer justamente a ordem dessa sociedade e, ao mesmo tempo, indicar um progresso constante. Não foi à toa que o positivismo se tornou a ideologia da nascente sociedade burguesa-industrial.⁵⁸

Valendo-se da teoria comtista sobre a exemplaridade da sociedade industrial europeia continental, a universalidade do pensamento científico e a história da humanidade enquanto devenir da concepção positiva,⁵⁹ reforça-se consideravelmente o domínio do modelo burguês. Sublinhe-se, com Rosa Del OLMO, que o método científico adotado para o estudo da sociedade à época aflora como importante instrumento para as classes dominantes justamente pela

⁵⁵ ARON, Raymond. *Etapas do Pensamento Sociológico*(...), p. 70.

⁵⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*(...), p. 289.

⁵⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*(...), pp. 289, 290.

⁵⁸ BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos. *O Pensamento Criminológico I: uma análise crítica*. Trad. Roberta Dubloc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 56 - 60.

⁵⁹ ARON, Raymond. *Etapas do Pensamento Sociológico*(...), pp. 71, 72.

sua aparência de uma “alternativa apolítica para abordar os problemas sociais como objetivos neutros governados por leis universalmente válidas”.⁶⁰

Não se pode perder de vista o momento histórico pós-revoluções burguesas em que COMTE estrutura sua “física social”. A opção teórica de incorporação do método positivista à nascente sociologia não significou apenas uma nova “ciência”, mas, por óbvio, a fundamentação de uma nova ordem social.⁶¹ Evidente que nada é aleatório na época das grandes invenções e das grandes máquinas. Não é por acaso que se testemunha o rápido desenvolvimento do capitalismo europeu e norte-americano.⁶²

A propósito, segundo ZAFFARONI, a devida compreensão das origens do próprio saber criminológico reside exatamente neste espaço de análise do sentido geral do positivismo e dos interesses em questão. Defende que a hegemonia burguesa careceria de uma explicação natural de seu poder em relação ao controle social, daí o apelo aos saberes antropológicos e sociológicos de matriz positivista para justificação organicista. Essa, portanto, teria sido a tarefa a cargo do cientificismo positivista do século XIX.⁶³ Em outras palavras, a função do discurso científico burguês de “física social” seria tipicamente legitimadora do *status quo*.⁶⁴

De fato, a história das ideias demonstrará como a ascensão da burguesia vai ensejar “novos discursos criminológicos, novas instituições, novas

⁶⁰ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004 (Coleção Pensamento Criminológico, v. 9), p. 36 - 37.

⁶¹ BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos. *O Pensamento Criminológico I(...)*, pp. 139, 140.

⁶² ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos(...)*, p. 286.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen(...)*, p. 132: “Esta hegemonía planetaria necesitaba explicar como ‘natural’ su poder mundial, al mismo tiempo que las burguesías internas también necesitaban explicar ‘naturalmente’ su posición. En líneas muy generales puede afirmarse que el discurso del dominio colonial decimonónico se ‘inventó’ con la apelación al ‘saber’ antropológico, en tanto que el dominio interno frente a las masas turbulentas fue alimentado por la ‘sociología’ (...) Por supuesto que no podía ser el organicismo de los ideólogos de las clases señoriales, sino un organicismo ‘científico’. La ‘ciencia’ era el discurso que le permitía ridiculizar la idea de la sociedad como ‘contrato’, en la misma forma que ridiculizaba los argumentos teocráticos. Esta fue la tarea que tuvo a su cargo el cientificismo positivista del siglo pasado”.

⁶⁴ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 57.

políticas”.⁶⁵ Segundo afirma Vera BATISTA, as revoluções liberais demandarão “novos dispositivos de controle social para o disciplinamento e assujeitamento dos contingentes miseráveis que produziu”.⁶⁶ Nada melhor, portanto, que uma teoria científica da criminalidade. É o que oferece o positivismo burguês no campo criminológico.

1.2. Criminologia Etiológica Individual: abordagens sobre a *Scuola Positiva* italiana

A estruturação da “ciência criminológica” é normalmente identificada junto ao positivismo do final do século XIX.⁶⁷ Conforme ANITUA, isso se tornou possível quando “a justificativa do poder burocrático e dos especialistas do momento pretendeu-se ‘científica’”.⁶⁸

A ideia de uma criminologia enquanto saber científico, de base empirista, passa pela análise da *Scuola Positiva* italiana e seus mais conhecidos representantes: Cesare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1852-1934).⁶⁹ Segundo DIAS e ANDRADE, a escola positiva italiana representaria um “um salto qualitativo no tratamento do crime”, já que marcaria a “criminologia *científica* como disciplina construída segundo os métodos e os instrumentos das ‘verdadeiras ciências’”.⁷⁰

Tais afirmações, embora constantemente repetidas na literatura penal e criminológica, devem ser tomadas com certa cautela, a fim de evitar a perpetuação do chamado “mito lombrosiano”, que desconsidera os estudos

⁶⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*(...), p. 26.

⁶⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*(...), p. 26.

⁶⁷ Conforme as lições de Roberto Bergalli, “o nascimento da criminologia como disciplina de relativa autonomia está ligado necessariamente ao espaço histórico-cultural em que nasce e se desenvolve o positivismo” (BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos. *O Pensamento Criminológico I*(...), p. 139).

⁶⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*(...), p. 297.

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei n. 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. Trad. Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote Garcia, Davi Tangerino. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 175.

⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 11.

anteriores a respeito do crime e do criminoso como aqueles desenvolvidos por A. Quetelet (1796 – 1874) e A. M. Guerry (1802 – 1866), segundo crítica de LINDESMITH e LEVIN.⁷¹

Feita essa observação e retomada a exposição sobre a criminologia etiológica positivista, vale sublinhar que se trata de formulação teórica influenciada diretamente pelo positivismo de Comte, pelo evolucionismo de Darwin e Spencer, pelo naturalismo de Moleschott, Büchner e Haeckel, além do progresso espetacular das ciências naturais ao longo do século XIX.⁷²

O chamado “paradigma etiológico de criminologia” encontra-se associado à tentativa de “conferir à disciplina o estatuto de uma ciência segundo os pressupostos epistemológicos do positivismo e ao fenômeno, mais amplo, de cientificização do controle social, na Europa de finais do século XIX”, conforme ensina Vera ANDRADE.⁷³

Tem-se, portanto, a partir de certas categorias teóricas fundamentais uma relação de contrariedade ao pensamento penal clássico, fruto do iluminismo, cujo representante mais conhecido talvez tenha sido Cesare Bonesana (1783-1794), o famoso “marquês de Beccaria”, autor da obra “*Dei Delitti e Delle Pene*” (1764).⁷⁴

⁷¹ LINDESMITH, Alfred; LEVIN, Yale. The Lombrosian Myth in Criminology. *American Journal of Sociology*, vol. 42, n. 5, mar.1937, pp. 653-671. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2767760>. Acesso em: 14 Set. 2015.

⁷² MIR PUIG, Santiago. *Introducción a Las Bases Del Derecho Penal: concepto y método*. 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007, p. 159.

⁷³ ANDRADE, Vera Regina. Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Sequência*, Universidade Federal de Santa Catarina, v. 16, n. 30, jun. 1995, p. 24. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

⁷⁴ SHECAIRA traz uma relação de autores clássicos em diferentes países para além do conhecido “marquês de Beccaria”. Cita Feuerbach (1775-1833) na Alemanha, Melo Freire (1738-1798) em Portugal e diversos professores italianos, como Filangieri (1752-1788), Pellegrino Rossi (1768-1847), Carmignani (1768-1847), Romagnosi (1761-1835) e Carrara (1805-1888) (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 86). ANITUA faz referência, ainda, aos professores Jean-Paul Marat (1744-1793), Antoine de Servan (1739-1807), Claude Emmanuel de Pastoret (1755-1840) e François-Michel Vermeil (1732-1810) na França, William Blackstone (1723-1780), Jeremy Bentham (1748-1832), Samuel Romilly (1757-1818) e William Eden (1744-1814) na Inglaterra, Edward Livingston (1764-1836) nos Estados Unidos da América, Karl Hommel (1722-1781) e Karl Grolmann (1775-1829) na Alemanha, Joseph von Sonnenfels (1733-1817) na Áustria, Manuel de Lardizábal y Uribe (mexicano / 1739-1820), Pablo de Olavide (peruano / 1725-1803), Juan

CARVALHO explica que

“Em relação antagônica ao pensamento sustentado pelos autores do paradigma contratualista, a concepção da Escola Positiva nega totalmente o livre-arbítrio (pressuposto da culpabilidade), pelo fato de o crime não ser mais o resultado de vontade livre do sujeito, mas sim de (pré)condições individuais, físicas ou sociais”.⁷⁵

Esse é, sem dúvida, um dos grandes pontos a serem destacados. O fato de a criminologia positivista, inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, negar o livre arbítrio mediante rígido determinismo.⁷⁶ Não se trata mais de um fato criminoso que é fruto de uma vontade livre do sujeito, mas de algo determinado por causas delimitadoras da autonomia do sujeito e, portanto, fundantes da sua conduta criminosa. A primeira obra de Enrico Ferri é justamente no sentido de negação da ideia clássica de livre arbítrio, sendo publicada, na década de 80 do século XIX, sob o título “*La teorica dell'imputabilità e la negazione dei libero arbitrio*”. Há, portanto, um núcleo fundamental do positivismo, o qual pode ser identificado justamente no postulado determinista, na rejeição do livre arbítrio e nos seus pressupostos metafísicos.⁷⁷

Em verdade, o que ocorreu com o positivismo foi um completo giro metodológico, conforme aponta MIR PUIG:

“Si la anterior ciencia penal tuvo de común, pese a su pronunciada heterogeneidad, la utilización de um método racionalista, abstracto y deductivo, la escuela positiva reclamó la necesidad de un giro metodológico hacia la observación de la realidad empírica, al modo de las ciencias de la naturaleza. De idealismo había de pasarse al materialismo, de lo abstracto a lo concreto y de la deducción a la introducción”.⁷⁸

Pablo Forner (1756-1799) e Gaspar de Jovellanos (1744-1811) na Espanha, Pedro Verri (1728-1797), Alexandre Verri (1741-1816), Tomaso di Natale (1733-1819), Antonio Genovesi (1712-1769) e Francesco Pagano (1748-1799) na Itália, dentre outros (ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos...*, p. 166 – 188).

⁷⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*, p. 58.

⁷⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011, p. 29.

⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...*, p. 15.

⁷⁸ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a Las Bases Del Derecho Penal...*, p. 160.

O próprio Ferri fazia questão de destacar que a inovação da escola criminal positiva consistia em “uma reforma radical de método e de organismo científico”.⁷⁹ Não se tratava de um simples movimento de reforma, mas de um ataque frontal ao modelo clássico.⁸⁰ De fato, fica a escola clássica vinculada a um método abstrato, dedutivo e formal (baseado no silogismo) enquanto que a escola positiva a um modelo empírico-indutivo (baseado na observação dos fatos, dos dados).⁸¹ Houve um “deslocamento do estudo abstrato das leis penais (Escola Clássica) para os processos causais que determinariam o delito (Escola Positiva)”.⁸²

Não se pode esquecer que o positivismo criminológico surge como ciência tipicamente etiológica, ou seja, preocupada com a explicação das causas da criminalidade; o que, por sua vez, advirá da observação empírica.⁸³ Nem poderia ser de outro modo. O caráter “científico” da criminologia e do direito penal, vinculados à filosofia positivista, impõe essa necessidade de superação do modelo clássico idealista (dever ser) para uma nova realidade investigativa do ser, ou seja, de predomínio do empirismo. As causas da criminalidade serão buscadas e verificadas a partir das influências das ciências naturais e da correspondente negação metafísica.

Importante destacar, na linha do magistério de CIRINO DOS SANTOS, o que se deve compreender por uma “criminologia etiológica”, senão vejamos:

⁷⁹ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminale*. 4 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900, p. 920: “Ecco perchè io diceva nell'introduzione, che l'innovazione portata dalla scuola criminale positiva non si limita ad una semplice alleanza del diritto criminale e penale coll'antropologia e statistica criminale: ma è invece una riforma radicale di metodo e di organismo scientifico (...)”.

⁸⁰ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminale*(...), pp. 9, 23 e 36.

⁸¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia*(...), pp. 176 e 185. No mesmo sentido, afirma Ivan Luiz da SILVA: “a Escola positiva se caracteriza por uma reação ao pensamento clássico e ao jusnaturalismo, que utilizavam o método lógico-abstrato. Assim, passou a empregar o método positivo de exploração, com o qual estudava o homem considerado em sua própria natureza e suas relações sociais” (SILVA, Ivan Luiz da. Introdução ao Racionalismo e ao Positivismo Criminológicos. *Revista dos Tribunais*, ano 93, v. 828. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 510).

⁸² NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 18.

⁸³ GAROFALO, por exemplo, fala expressamente em “observação pessoal” dos delinquentes como suposto método de pesquisa para a sua tese quanto à “anomalia psíquica” dos criminosos (GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología: estudio sobre el delito y la teoría de la represión*. Trad. Pedro Borrajo. Montevideo: Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 144).

“A *Criminologia etiológica* tem por objeto de estudo o criminoso e a criminalidade, concebidos como realidade *ontológicas* preexistentes ao sistema de justiça criminal e explicados pelo método positivista de *causas* biológicas, psicológicas e ambientais”.⁸⁴

Nas palavras de Nilo BATISTA, o paradigma etiológico recebe como dado (dogma) um delito assim quase naturalizado, atribuindo à criminologia o papel ou a função instrumental de buscar as suas causas.⁸⁵ O sistema penal volta-se, portanto, “à essência do autor, avaliando a sua propensão ao crime, estabelecendo juízos substancialistas relativos ao processo causal que determinou o seu agir”.⁸⁶ Assim se apresenta o saber criminológico tradicional positivista. Importante instrumento de “explicação” da criminalidade e, portanto, de reforço do caráter efficientista da intervenção penal. Foi concebida como um saber instrumental e auxiliar para a aplicação do direito penal no “combate” à criminalidade, ou melhor, ao criminoso. Dizia-se que era preciso conhecer a origem do crime, ou mais precisamente do criminoso, para conseguir extirpá-lo do meio social. É uma criminologia que, em nome da proteção social, coloca-se a serviço do poder punitivo.

Vera BATISTA também denuncia como essa transferência do objeto da análise criminológica – do delito demarcado juridicamente para o criminoso biologicamente ontológico – vai redundar em incremento do poder punitivo.⁸⁷ Ao tratar da base classificatória antropológica dos delinquentes, FERRI explicava que estava a considerar em segundo lugar o delito cometido, justamente porque não seria este o objeto necessário de castigo no delinquente, senão o próprio criminoso enquanto causa de seu delito.⁸⁸

O período era marcado pela associação, ainda percebida na contemporânea justiça criminal, entre saberes médicos e jurídico-penal. Tinha-se

⁸⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Criminologia e Política Criminal*. In BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *A Criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 109.

⁸⁵ BATISTA, Nilo. Prefácio Insubstituível. In: BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 9.

⁸⁶ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*(...), p. 274.

⁸⁷ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*(...), pp. 26, 27.

⁸⁸ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Campinas: Minelli, 2006, p. 346.

um espaço de confluência e, ao mesmo tempo, de indeterminação entre o clínico e o jurídico. Assim não raras vezes a jurisdição penal era dominada pela seara médica, de modo que os psiquiatras e outros especialistas acabavam mesmo por substituírem-se aos juízes criminais.⁸⁹

Aliás, interessante observar a maneira pela qual um conjunto tão prescritivo quanto o sistema penal buscou, a partir do século XIX, suporte ou justificativa em um saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico: “como se a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade”.⁹⁰

Nos dizeres de Pierre DARMON, a criminalidade transformou-se, por volta do final do século XIX, em trampolim para a medicina na sua conquista de poderes e o criminoso nato de Lombroso foi uma peça mestra do arsenal que permitiu ao médico tornar-se o senhor do tribunal.⁹¹ A propósito, vale lembrar a crítica de FOUCAULT, em “O Poder Psiquiátrico”, no sentido de que a instância médica funcionará como poder disciplinar ilimitado muito antes de operar como saber.⁹²

Não se pode perder de vista que no âmbito da escola positiva, com seu modelo causal-explicativo, havia um pressuposto básico: a “anormalidade individual do autor do comportamento delinquencial como explicação universal da ‘criminologia’”.⁹³ Segundo Ataliba NOGUEIRA, a escola positiva afirmava que todos os criminosos eram doentes e pretendia reduzir todo o direito penal à prevenção, transformando o código penal em código preventivo.⁹⁴

ARGÜELLO descreve, com maestria, o funcionamento do paradigma etiológico na criminologia positivista:

⁸⁹ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937, pp. 79, 80.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996, p. 19.

⁹¹ DARMON, Pierre. *Médicos e Assassinos na “Belle Époque”*: a medicalização do crime. Trad. Regina Grisse de Agostino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 16.

⁹² FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico*: curso dado no Collège de France (1973-1974). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

⁹³ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos(...)*, p. 297.

⁹⁴ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança(...)*, p. 80.

“(...) a criminalidade se torna um atributo de determinados indivíduos (‘anormais’), cuja propensão a delinquir pode ser determinada pelas suas características biológicas e psicológicas (diferenciando-os dos indivíduos ‘normais’), ou pelos fatores socioambientais a que estão submetidos. Essa criminologia etiológica (individual ou socioestrutural) parte das seguintes questões, entre outras: quem é o criminoso? Por que pratica o crime? Quais fatores socioambientais influenciam nas taxas de criminalidade? Enfim, busca as causas ou os fatores de criminalidade com o objetivo de individualizar as medidas adequadas para eliminá-los, intervindo sobre o comportamento do autor”.⁹⁵

O foco está na figura do delinquente, muito mais do que no próprio fato criminoso. O crime é apenas um dado revelador do indivíduo delinquente. É a anormalidade do sujeito que interessa e deve ser observada pelos cientistas. O ponto central é *l'uomo delinquente* e a sua base patológica individual diferenciada. O criminoso passa a ser entendido como uma categoria inferior aos demais seres humanos normais. E, portanto, deve ser tratado e corrigido da forma adequada para o bem da própria sociedade.

Com razão, GOMES e MOLINA afirmam que “o positivismo criminológico professa uma concepção classista e discriminatória da ordem social, imbuída de preconceitos e de acordo com o mito da ‘diversidade’ do delinquente”.⁹⁶

A classificação social de Enrico FERRI é bastante elucidativa neste particular:

“(...) nós podemos distinguir nas relações da sociologia criminal as classes sociais em três categorias: a classe mais elevada, que não delinque porque é natural e organicamente honrada pelo efeito do sentido moral, dos sentimentos religiosos e sem outra sanção que a de sua consciência ou da opinião pública (...) Esta categoria, para a qual o Código Penal é completamente inútil, por desgraça, é a menos numerosa da sociedade. Outra classe mais baixa está composta de indivíduos refratários a todo sentimento de honradez, porque, privados de toda educação, na luta constante e empenhada pela existência, herdaram de seus pais e transmitem a seus descendentes, pelo matrimônio com outros indivíduos delinquentes, uma organização anormal que representa, como veremos, um verdadeiro atavismo às raças selvagens. Desta classe se recruta, em sua maior parte, o contingente dos criminosos natos, contra os quais as penas, como intimidação legislativa, são perfeitamente inúteis (...) Por último, fica outra classe social, de indivíduos que não nasceram para o delito, mas que são honrados a

⁹⁵ ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem. In BITTAR, W. B. (Org.). *A Criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 127.

⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia*(...), p. 188.

toda prova, que vacilam entre o vício e a virtude (...) esta classe é a que dá um numeroso contingente de delinquentes de ocasião, contra os quais as penas são de alguma utilidade (...).⁹⁷

Não se pode perder de vista que, diante da negação do livre arbítrio pelo determinismo e da consideração de anormalidade em relação ao sujeito delinquente, imprescindível uma nova base justificadora para o exercício do poder de punir. A reação estatal ao crime, ou melhor, ao criminoso não se fundamenta mais em qualquer ideia retributiva orientada pela culpabilidade do sujeito (postulado liberal-contratualista⁹⁸), mas sim por um caráter corretivo ligado à temibilidade ou à perigosidade do indivíduo. Não se trata, portanto, de uma responsabilidade moral, e sim social.

O discurso oficial não será mais de punição, mas de “regeneração dos criminosos”. A respeito desse ideal positivista, vale o registro encontrado na obra de Basileu GARCIA:

⁹⁷ FERRI, Enrico. *Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. Trad. Don Isidro Perez Oliva. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1887, pp. 251, 252: “(...) nosotros podemos distinguir en las relaciones de la sociología criminal las clases sociales em tres categorías: la clase más elevada, que no delinque porque es natural y organicamente honrada por efecto del sentido moral, de los sentimientos religiosos y sin otra sanción que la de su conciencia ó de la opinión pública (...) Esta categoría, para la cual el Código penal es perfectamente inútil, desgraciadamente es la menos numerosa de la sociedad. Otra clase más baja está compuesta de individuos refractarios á todo sentimiento de honradez, porque, privados de toda educación, en lucha constante y empeñada por la existencia, heredan de sus padres y transmiten á sus descendientes por el matrimonio con otros individuos delinC uentes, una organización anormal, que representa, corno veremos, un verdadero atavismo á las razas salvajes. De esta clase se recluta en su mayor parte el contingente de los criminales natos, contra los cuales las penas, como amenaza legislativa, son perfectamente inútiles (...) Por último, queda otra clase social de individuos que no han nacido para el delito, pero que no son honrados á toda prueba, que vacilan entre el vicio y la virtud, que no están desprovistos del sentido moral, que tienen alguna educación y cultura y para los cuales las penas pueden ser un motivo psicológico verdaderamente eficaz. Precisamente esta clase es la que da un numeroso contingente de delincuentes de ocasión, contra los cuales las penas son de alguna utilidade (...).”

⁹⁸ Salo de CARVALHO explica que, “ao contrário do postulado liberal-contratualista, o positivismo criminológico nega a culpabilidade ao sustentar como evidência empírica demonstrável não ser o crime ato humano resultado da vontade livre do sujeito, mas derivado de causas alheias, de fatores endógenos ou exógenos que anulam qualquer vontade, pois determinantes” (CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*(...), p. 272).

“É, em primeiro lugar, um dever de seres civilizados que vivem no século XX. E, além do mais, salutar cautela de caráter preventivo. Porque a cura daquele que delinuiu interessa muito mais à defesa coletiva do que a sua punição”.⁹⁹

Importante notar a relação estabelecida entre o viés corretivo do direito penal e a própria ideia de defesa social. Nesse contexto, a lógica preventiva ganhará ainda mais força, promovendo uma revisão das finalidades da pena e inclusive o surgimento de medidas, penais ou extrapenais, com essa natureza.

A crítica positivista era no sentido da insuficiência da sanção penal tradicional para o eficaz combate da criminalidade.¹⁰⁰ Buscava-se, portanto, um novo modelo de direito penal. E, por conseguinte, se era a defesa social o que precipuamente importava realizar, caberia ao Estado atuar de maneira mais efetiva na prevenção dos delitos.¹⁰¹ O que, no fundo, representava uma espécie de leitura criminológica em absoluta sintonia com a nova ordem social que se desenhava com a ascensão da burguesia.

Vale lembrar, mais uma vez, que a origem dessa novel “ciência criminológica” não constitui mera consequência lógica ou natural desenvolvimento do pensamento vigente à época, enquanto exercício científico neutro do tipo “geração espontânea”, mas de inovação teórica que manifesta uma alteração de rumo tida por necessária e já realizada na *praxis* social e vice-versa. Trata-se, em suma, da expressão de uma época e que, assim, passa a cumprir uma função determinada na sociedade. Há inegavelmente um objetivo (implícito) de cunho político. De fato, a nova visão criminológica, inclusive as mudanças propostas no âmbito dos saberes criminais, relaciona-se diretamente com as

⁹⁹ GARCIA, Basileu. Regimes adequados ao cumprimento das penas de reclusão e detenção - estabelecimentos de prisão provisória. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 37, p. 117, jan. 1942. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65988/68599>>. Acesso em: 22 Jul. 2015.

¹⁰⁰ “As penas são inteiramente improfícuas (sic) para combater os graves e preocupantes fenômenos da delinquência habitual, da delinquências juvenil e de indivíduos perigosos de mente mórbida. Tornam-se, por conseguinte, necessários outros meios defensivos, em face da demonstrada insuficiência da pena (...) não pode o Estado cruzar os braços, deve sanar a insuficiência, por meio de recurso que, com acerto, se denomina *prevenção individual* (...) De modo que a ação do Estado, na luta contra a criminalidade, há de se exercer com o recurso das penas e das medidas de segurança” (NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), pp. 83, 84).

¹⁰¹ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), p. 79.

necessidades do momento e, por sua vez, com as mudanças no regime capitalista e suas manifestações no campo ideológico.¹⁰²

1.2.1. Cesare Lombroso

A busca de explicações para o fenômeno criminoso por meio de aspectos bio-antropológicos não foi invenção de Cesare Lombroso. O estudo científico deste tema remonta aos frenologistas do século XVIII e início do século XIX, em especial a Franz Joseph (1758 – 1828), John Gaspar Spurzheim (1776 – 1832) e a Charles Caldwell (1772 – 1853). No entanto, em que pesem as históricas pesquisas de frenologia¹⁰³ sobre as relações entre o crânio, o cérebro e o comportamento social, a imensa popularidade da interpretação antropológica do crime (ou do criminoso) deveu-se menos àqueles do que a Lombroso.¹⁰⁴ Claro, no entanto, que a ideia do criminoso nato desenvolvida mais tarde por LOMBROSO se nutre dessa ambiência científica e política da frenologia oitocentista.¹⁰⁵

Cesare Lombroso nasceu no ano de 1835 em uma família judia no norte da Itália, tendo estudado medicina nas universidades de Padua, Viena e Pavia, graduando-se em 1858.¹⁰⁶ Em 1874 era docente de medicina legal e higiene pública na Universidade de Turim, onde mais tarde foi professor de psiquiatria e

¹⁰² DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia*(...), p. 40 - 41.

¹⁰³ Sobre a fragilidade das construções teóricas e análises no campo da “frenologia delitiva”, o episódio “Charlotte Corday” talvez seja historicamente exemplar. Durante os preparativos do Segundo Congresso de Antropologia Criminal, em Paris, no ano de 1889, ocasião em que muitos pensadores discutiam a respeito do suposto crânio exposto de Charlotte Corday, famosa criminosa à época, LOMBROSO teria afirmado que as suas características seriam tipicamente indicativas de criminoso nato. Ocorre que, segundo ficara comprovado posteriormente, o crânio analisado não pertenceria à referida delinquente. Tal fato, além de absolutamente constrangedor, colocara em xeque o próprio método de investigação da criminologia positivista (SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos Críticos de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 14). Segundo DARMON, as vicissitudes dessa falsa relíquia ilustram bem a ambiguidade do positivismo triunfante (DARMON, Pierre. *Médicos e Assassinos na “Belle Époque”*(...), p. 14 – 16).

¹⁰⁴ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*. Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. v. I. Lisboa: Fundação Calouste, Gulbenkian, 1965, p. 315 – 317.

¹⁰⁵ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*(...), p. 43.

¹⁰⁶ BRADLEY, Kate. Cesare Lombroso (1835 – 1909). In: HAYWARD, Keith; MARUNA, Shadd; MOONEY, Jayne (Org.). *Fifty Key Thinkers in Criminology*. 1 ed. Abingdon/UK: Routledge, 2010, p. 25.

de antropologia criminal. Em 1880, com o auxílio de seus discípulos FERRI e GAROFALO, fundou o *Archivio di Psichiatria e Anthropologia Criminale*, e em 1906 o Museu de Antropologia Criminal.¹⁰⁷ Foi, sem dúvida, um dos mais importantes teóricos¹⁰⁸ do “saber criminológico oficial” e suas ideias ainda encontram eco nas tentativas de legitimação do atual sistema de justiça criminal.¹⁰⁹

Dentre todos os seus trabalhos publicados, certamente “*L’Uomo Delinquente*”, em suas variadas edições, foi o mais conhecido. Da primeira edição, datada de 1876 e com 252 páginas, até a quinta versão, composta de três volumes e quase 1900 páginas, passaram-se vinte anos. O que ficou a dever-se a constantes modificações e aditamentos resultantes do impacto de críticas externas e das investigações realizadas pelo próprio LOMBROSO e seus colaboradores.¹¹⁰

O objetivo deste tópico não é o de expor toda a biografia e bibliografia de Cesare LOMBROSO tampouco discutir em profundidade os métodos de trabalho que inspiraram as suas observações e medições de casos individuais a partir dos 3.000 (três mil) soldados italianos ou inúmeros pacientes hospitalares e reclusos em manicômios e prisões da época que teriam subsidiado as suas teses sobre a tipologia criminosa, bem como o atavismo e a degenerescência. O que se pretende é apenas referir alguns pontos fulcrais na sua exposição que

¹⁰⁷ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*(...), p. 318.

¹⁰⁸ KNEPPER e YSTEHEDE, na apresentação de recente obra intitulada “*The Cesare Lombroso Handbook*”, afirmam que o criminólogo italiano Lombroso representaria a mais importante personalidade na fundação da criminologia e nos estudos sobre os comportamentos desviantes nas ciências humanas (KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, P. J.. *The Cesare Lombroso Handbook*. 1 ed. Abingdon/UK: Routledge, 2013). A propósito dessa exaltação lombrosiana quanto ao nascimento da teoria criminológica científica, vale ressaltar, mais uma vez, a histórica crítica de LINDESMITH e LEVIN (LINDESMITH, Alfred; LEVIN, Yale. *The Lombrosian Myth in Criminology*. *American Journal of Sociology*, vol. 42, n. 5, mar.1937, pp. 653-671. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2767760>. Acesso em: 14 Set. 2015).

¹⁰⁹ “O saber criminológico, derivado do positivismo naturalista e etiológico da escola italiana de Lombroso, Ferri e Garofalo, será recepcionado pelos modelos integrais na qualidade de ciência coadjuvante. Assim, o local de fala da criminologia é o de auxiliar a ciência principal (direito penal), fornecendo elementos de sustentação e legitimação. Não por outro motivo esta criminologia oficial será fixada no âmbito da atuação dos órgãos de administração do sistema punitivo, ganhando, neste espaço, alta funcionalidade e redimensionando seu poder” (CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*(...), p. 39).

¹¹⁰ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*(...), p. 318.

demonstrem relação e atualidade com os postulados de periculosidade criminal e defesa social.

Ressalte-se, de início, importante chave de leitura registrada por LOMBROSO no prefácio à quarta edição de sua obra “*L’Uomo Delinquente*”. Ao pretender defender a sua teoria das inúmeras críticas formuladas, alega não fazer deduções *a priori*, mas apenas depois de “tê-las observado em maior proporção entre os criminosos do que entre as pessoas honestas”.¹¹¹

Esse tipo de afirmação deixa evidente, entre outras coisas, a lógica maniqueísta que informa o pensamento criminológico positivista, ao pretender classificar os sujeitos¹¹² e fracionar a sociedade em grupos absolutamente definidos.

“Estabelece-se desta forma uma divisão ‘científica’ entre o (sub)mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma ‘minoría’ de sujeitos potencialmente perigosos e anormais (o ‘mal’) e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria na sociedade (o ‘bem’)”.¹¹³

Aliás, esse tipo de rotulação binária, que remonta aos frenologistas, pode ser considerado um dos motivos da perpetuidade histórica da criminologia etiológica. Estabelece-se uma discriminação primária, mas absolutamente popular. O senso comum, também aquele dos teóricos penais,¹¹⁴ incorpora e

¹¹¹ LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*. Trad. Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editoria Rio, 1983, p. XVIII.

¹¹² A influência desse método positivista de observação e rotulação dos criminosos pode ser encontrada em inúmeras obras na literatura nacional além de instituições do próprio sistema criminal brasileiro. Cite-se, por exemplo, o elogio de Basileu GARCIA quanto à criação de laboratórios de biotipologia em penitenciárias brasileiras para estudos individualizados dos delinquentes na linha do chamado “movimento científico para o conhecimento da pessoa do sentenciado” (GARCIA, Basileu. Regimes adequados ao cumprimento das penas de reclusão e detenção - estabelecimentos de prisão provisória. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 37, p. 112, jan. 1942. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65988/68599>>. Acesso em: 22 Jul. 2015).

¹¹³ ANDRADE, Vera Regina. Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum(...), p. 26.

¹¹⁴ A propósito dessa associação estereotipada entre mal e crime/criminoso, registre-se a seguinte passagem da dissertação de Ataliba NOGUEIRA no concurso à cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “No tocante à realização do direito penal, não se deve ter em conta apenas a avaliação intrínseca do fato delituoso considerado em si mesmo, mas deve a lei prescrever ao juiz o perfeito conhecimento da personalidade do réu, levando em conta todo o complexo de fatores subjetivos, que tão poderosa

atualiza constantemente essa ideologia diferenciadora “normal” e “anormal”. O discurso de contraposição entre “cidadãos de bem” e “criminalidade marginal”, bastante frequente no século XXI, inclusive na realidade brasileira, não passa de uma versão renovada do positivismo lombrosiano.

Pierre DARMON explica que a permanência das teorias antropológicas do crime e da criminalidade advém de um fenômeno profundo que tem raízes numa série de motivações inconscientes, dentre eles a “tentação maniqueísta” de separar os ‘bons’ de um lado e os ‘maus’ de outro. O que, segundo o autor, produz um “reconforto ilusório a todos aqueles que se dizem ‘pessoas honestas’”.¹¹⁵

Justamente nessa linha que se desenvolve a primeira e célebre resposta da *Scuola Positiva* sobre as causas do crime. A famosa tese do “criminoso nato” (expressão cunhada por FERRI) é sustentada pelo médico italiano LOMBROSO partindo do determinismo biológico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime, além do método de investigação e de análise próprio das ciências naturais (observação e experimentação). As suas “explicações” sucessivas, em face das críticas apontadas e revisões apresentadas, se deram em torno do atavismo, da epilepsia e finalmente da loucura moral.¹¹⁶

Afirma o próprio LOMBROSO:

“A analogia entre o louco moral, o delinquente nato e o epilético apaziguam para sempre o dissídio que se eternizava entre os moralistas, os juristas e os psiquiatras, e às vezes se revelavam também entre as escolas psiquiátricas”.¹¹⁷

Salomão SCHECAIRA vai afirmar que LOMBROSO não foi o criador de uma novíssima teoria. Foi, na verdade, alguém capaz de reunir e sistematizar o conhecimento da época para a estruturação de uma leitura bio-antropológica da

influência têm na ação delituosa. Atendendo, já ao crime, já aos fatores subjetivos, a lei determinará quando se deve punir e quando não se deve punir, para, neste último caso, apenas colocar a pessoa perigosa em situação de não poder obrar o mal” (NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), p. 82).

¹¹⁵ DARMON, Pierre. *Médicos e Assassinos na “Belle Époque”*(...), p. 285.

¹¹⁶ ANDRADE, Vera Regina. *Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social*(...), p. 25.

¹¹⁷ LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*(...), p. 492.

criminalidade, ou melhor, do criminoso. Dos fisionomistas teria emprestado algumas ideias para elaborar o seu próprio retrato do delinquente. Dos frenologistas se valido para o exame de certas características físicas que “explicariam” a criminalidade. Dos antropólogos teria extraído o conceito de atavismo e de espécie não evoluída. Já da psiquiatria teria aproveitado as análises da degeneração dos “loucos morais”.¹¹⁸

O resultado foi uma visão do criminoso como anormal e do delito como fenômeno natural. Nas palavras do autor,

“Os estudos apresentados na terceira parte (biologia e psicologia do delinquente nato) enquadram-se admiravelmente com os anteriores para nos fazer ver, no criminoso, o homem selvagem e ao mesmo tempo o doente”.¹¹⁹

“Em suma, o delito, tanto pela estatística como pelo exame antropológico, parece um fenômeno natural; se quisermos usar o linguajar dos filósofos – um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção, as doenças mentais, do qual é frequentemente uma triste variante”.¹²⁰

Diante desse pressuposto da criminologia positivista no sentido de que a criminalidade é “um meio natural de comportamentos e indivíduos que os distinguem de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos”, importaria sobremaneira estabelecer ou descobrir as suas causas.¹²¹ A ciência, portanto, deveria estudar essa criminalidade ontológica justamente para fornecer os mecanismos necessários ao seu combate em nome da defesa social.¹²² Não é difícil imaginar o efeito imediato desse discurso: reforço punitivo. Acompanhe:

“Quanto aos delinquentes natos e aos loucos delinquentes, as mudanças por mim propostas aumentariam a segurança social, já que peço para eles detenção perpétua em uma prisão que teria outro nome”.¹²³

¹¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*(...), p. 87 – 88.

¹¹⁹ LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*(...), p. 489.

¹²⁰ LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*(...), p. 501.

¹²¹ ANDRADE, Vera Regina. Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social(...), p. 25.

¹²² ANDRADE, Vera Regina. Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social(...), p. 25.

¹²³ LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*(...), p. XXIII.

Destaque-se que o criminoso nato, um tipo antropológico distinto, seria um indivíduo propenso, ou mesmo determinado a praticar crimes. Além de certas deformações no esqueleto e no crânio, apresentaria outros sinais de degenerescência física. Este criminoso congênito, este imbecil moral seria um tipo atávico, isto é, representaria os primeiros tipos humanos, ou mesmo os ancestrais pré-humanos com instintos canibalísticos. O que revela uma clara influência das ideias de DARWIN. É bem verdade que, após críticas, LOMBROSO acrescenta ao atavismo outra explicação: a epilepsia. Afirmará que, embora nem todo o epilético fosse um criminoso nato, este sempre seria um epilético.¹²⁴

Nas edições posteriores de sua obra “*L’Uomo Delinquente*”, reconheceu outras categorias de criminosos, como a existência do delinquente louco e do delinquente ocasional. Este último grupo, o maior de todos, dividia-se em: i) pseudo-criminosos, aqueles que praticavam infrações sem intenção maléfica e sem alarme social; ii) criminalóides, cuja atividade delinquente estaria sobremaneira relacionado às circunstâncias ambientais desfavoráveis; iii) criminosos passionais; iv) criminosos habituais, os quais, destituídos de quaisquer dos sinais característicos da criminalidade, teriam sido compelidos às infrações contínuas por força da educação e do ambiente.¹²⁵

Sublinhe-se que esse tipo de descrição/classificação do sujeito criminalizável tomada como explicação do seu crime e da sua “tendência” à “criminalidade”, dentre tantos efeitos perversos, pode gerar uma falsa sensação de ruptura com o campo político. Explica Vera BATISTA que “passa a reinar uma racionalidade falsamente autonomizada do político que produzirá um recuo do iluminismo, que se imaginava haver superado o absolutismo punitivo”.¹²⁶

Assim, prossegue a criminologia oficial, com suposto caráter de neutralidade e cientificidade, valendo-se de todo um conjunto de instrumentos teóricos, em particular mediante a criação conceitual da figura do delinquente, a

¹²⁴ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*(...), p. 319 - 320.

¹²⁵ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*(...), p. 320.

¹²⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*(...), p. 26.

cumprir sua principal função: a de legitimar, em nome da ciência, a intervenção estatal sobre aqueles elementos residuais que manifestam algum tipo de resistência à manutenção da ordem social e que são assim considerados “resistentes” pelas próprias definições dos instrumentos de Estado.¹²⁷

1.2.2. Enrico Ferri

Enrico FERRI (1856-1929) é considerado um dos grandes nomes da criminologia etiológica e tido por muitos como “criador da chamada sociologia criminal”.¹²⁸ Compõe, juntamente com LOMBROSO e GAROFALO, a “famosa trindade do positivismo”, segundo explica ANITUA:

“Embora os três fossem conhecidos como as cabeças visíveis desse movimento, as diferenças entre eles – entre outras, ideológicas – eram muito significativas. O ‘corpo’ do positivismo seria o de um Lombroso mais idoso e bastante conservador. Ferri e Garofalo representariam as duas ‘asas’ de um mesmo ‘pássaro’, lastreado por sua suposta cientificidade e consubstanciação com os aparelhos de Estado. Se bem que a esquerda mais revolucionária tenha se identificado com Ferri e a direita mais reacionária com Garofalo, o ‘lastro’ comum seria o que os fizera derivar seu voo comum para posições claramente autoritárias quando o século XX chegou”.¹²⁹

FERRI nasceu em 1856 na província de Mântua, na região da Lombardia, filho de pais pobres, e cursou Direito na Universidade de Bolonha. Ao final de seus estudos, em 1877, defendeu sua tese a respeito da necessidade de o direito criminal se desvincular das ideias de livre arbítrio e de responsabilidade moral, intitulada “*La negazione del libero arbitrio e la teoria della imputabilità*”. Em 1879 muda-se para Turim a fim de estudar com o seu grande mestre positivista Cesare LOMBROSO. Depois de alguns anos lecionando nas Universidades de Bolonha, Siena, Roma e Pisa, a sua carreira acadêmica sofre uma reviravolta, quando, em 1893, em virtude de suas atividades socialistas, perde a cátedra. O

¹²⁷ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia*(...), p. 22.

¹²⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*(...), p. 91.

¹²⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*(...), p. 308.

que vem a recuperar apenas em 1906 ao assumir o cargo de professor de direito criminal em Roma.¹³⁰

Além de sua importante posição na academia, desempenhou atividades enquanto advogado, jornalista e político. Considerado um “socialista de cátedra” que se aproximou do conservadorismo e terminou por aderir ao fascismo de Benito Mussolini.¹³¹

Dentre as inúmeras obras publicadas, destacam-se a “*Sociologia Criminale*” e o livro “*Principii di Diritto Criminale*”, os quais, inclusive, citados ao longo deste trabalho. Vejamos, adiante, alguns pontos centrais da teoria de Ferri diretamente relacionados à temática da periculosidade e da defesa social.

O criminoso é sempre um anormal. Essa afirmação marca a doutrina desse importante teórico do movimento criminológico positivista italiano, segundo o qual

“Do ponto de vista naturalista, não pode ser delinquente aquele que não seja anormal. Anormal por condições congênitas ou adquiridas, permanentes ou transitórias, por anormalidade morfológica ou biopsíquica ou por doença; porém deve ser anormal sempre, com maior ou menor intensidade”.¹³²

É claro que essa anormalidade sustentada pelo positivismo sociológico de Ferri vai ao encontro de uma visão determinista, no sentido de que

“O homem que comete um crime, seja por impulso próprio fisiopsíquico dominante (causa endógena) ou por predomínio de condições do meio (causa exógena), encontra-se em condições anormais, ao menos no momento em que realiza o fato”.¹³³

É basilar em sua teoria a “classificação antropológica dos delinquentes”, inspirada em critério genético e indicadora, em relação a cada categoria, das causas endógenas e exógenas de suas tendências criminosas, o que serviria ao legislador e ao juiz, na tarefa de melhor adequação das repostas sancionadoras de

¹³⁰ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*(...), pp. 324, 325.

¹³¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*(...), pp. 310, 311.

¹³² FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*. Trad. Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006, p. 17.

¹³³ FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*(...), p. 86.

defesa social. Registre-se que, muito embora não acolha integralmente o modelo lombrosiano, mantém aquela mesma ânsia por identificações e categorizações dos criminosos - conhecida marca do positivismo.

Segundo Ferri, os delinquentes podem ser classificados em cinco categorias fundamentais: (i) criminosos loucos; (ii) criminosos natos; (iii) criminosos habituais; (iv) criminosos ocasionais; (v) criminosos passionais.¹³⁴

O louco teria uma anomalia física psíquica, que também seria moral e que o levaria a delinquir. O nato apresentaria uma carga congênita e orgânica para com o delito, motivo pelo qual impossível a sua ressocialização. O habitual, por sua vez, revelaria uma tendência criminosa adquirida, mas sem base orgânica. Já o ocasional cederia diante da oportunidade de delinquir, devendo ser considerada a influência do meio. Finalmente, o passional teria facilidade para exaltar-se, mas no geral seguiria a lógica do ocasional.¹³⁵

Sublinha a necessidade de uma dupla avaliação da periculosidade em nome da defesa social: um viés preventivo e outro repressivo. Assim, a periculosidade social seria objeto da polícia de segurança enquanto que a periculosidade criminal tema da justiça penal. A defesa social preventiva, realizada pela polícia, diante de uma periculosidade anterior ao crime, implicaria em medidas administrativas (policiais). Já a defesa social repressiva, efetiva no âmbito jurisdicional, em face de uma periculosidade marcada pela prática criminosa (consumada ou tentada, dolosa ou culposa), bem como pela probabilidade de sua reiteração, acarretaria sanções (judiciais) penais.¹³⁶

“Em relação à defesa preventiva, distinguem-se os cidadãos em perigosos e não-perigosos; por outro lado, para a defesa repressiva, todos os criminosos são perigosos, ainda que em grau diverso. Para a defesa preventiva, existe uma periculosidade social genérica; para a defesa repressiva, uma periculosidade criminal específica. A periculosidade social leva consigo o perigo do crime; a periculosidade criminal, o perigo da reincidência. São dadas, portanto, uma avaliação preventiva e outra repressiva

¹³⁴ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminale*(...), p. 220: “(...) che tutta la schiera dei delinquenti viene a classificarsi in cinque categorie, che ho chiamate fin dal 1880: dei delinquenti *pazzi* — delinquenti *nati* — delinquenti *abituali* o per abitudine acquisita — delinquenti *d'occasione* — delinquenti *per passione*”.

¹³⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*(...), p. 312.

¹³⁶ FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*. Trad. Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006, p. 120 - 126.

da periculosidade. Na polícia de segurança, as medidas de defesa preventiva são ‘medidas de polícia’, não devendo ser confundidas com as ‘medidas de segurança’ *post delictum* da defesa repressiva”.¹³⁷

A sociologia criminal de Ferri, enquanto “uma inovação radical no método científico do estudo da patologia social criminosa e de seus mais eficazes remédios sociais e jurídicos”,¹³⁸ tem a periculosidade como critério fundamental e imprescindível, referindo-se, como visto acima, à periculosidade social (e temibilidade) do indivíduo, bem como à periculosidade criminal (e a readaptabilidade) daquele que cometeu um crime.¹³⁹ No que toca à periculosidade criminal, três são os critérios para fixar o seu grau, a provável duração e a tendência, a saber: (i) a gravidade do delito; (ii) os motivos determinantes; (iii) a personalidade do agente.¹⁴⁰

Esse modelo positivista, complementado pela necessidade de adaptação da repressão à figura do criminoso, e não ao delito, ou seja, adaptação da sanção repressiva à personalidade do criminoso em razão do crime praticado, redundará na possibilidade de segregação por tempo indeterminado.¹⁴¹

“A defesa social contra a criminalidade se realiza ou com a segregação indefinida dos criminosos não-readaptáveis à vida social (que não são a maioria) dos criminosos readaptáveis (maioria). Mas tanto em um caso como no outro, quando as circunstâncias reais e pessoais do crime definem com precisão a segregação carcerária do condenado (não bastando, em tal caso, as penas pecuniárias, de interdição ou restritivas etc.), é indubitável que o sujeito deve ser segregado até que se readapte à vida livre”.¹⁴²

Nesse contexto de modulação da sanção penal conforme o potencial ofensivo do delinquente, Ferri propõe quatro situações distintas, o que constava em seu projeto de Código Penal italiano (1921): (a) perdão aos criminosos muito pouco perigosos; (b) condenação condicional aos criminosos pouco perigosos;

¹³⁷ FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*(...), p. 126, 127.

¹³⁸ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminale*(...), p. 61: “(...) una radicale innovazione di metodo scientifico nello studio della patologia sociale criminosa e dei suoi più efficaci rimedi sociali e giuridici”.

¹³⁹ FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*(...), p. 130.

¹⁴⁰ FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*(...), p. 139.

¹⁴¹ FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*(...), p. 166 – 170.

¹⁴² FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*(...), p. 172.

(c) segregação por tempo indeterminado/arbitrário ou indeterminação relativa aos menores, doentes mentais, criminosos comuns e político-sociais; (d) segregação por tempo absolutamente indeterminado aos criminosos muito perigosos (ou seja: prisão perpétua aos incorrigíveis e incuráveis).¹⁴³

Ante o exposto, fica absolutamente claro que “a razão e o fundamento da reação punitiva é a defesa social”.¹⁴⁴ Tem-se um processo flagrante de reafirmação, na história do pensamento penalístico italiano, da “concepção da pena como meio de defesa social”.¹⁴⁵ O que se alinha perfeitamente, na concepção positivista, com um modelo de direito penal do autor, sempre referido por meio de um discurso de centralidade do criminoso e da preocupação com o estudo de sua personalidade.

O próprio Enrico Ferri faz questão de ressaltar esses fundamentos da escola positiva, o que considera um importante passo para a reformulação e o aprimoramento do sistema de justiça criminal.

“A Escola Positiva (...) proclamou desde o início a necessidade de que na justiça penal – desde a descoberta do criminoso até a sua condenação –, toda a investigação, discussão e decisão de provas recaia sobre a personalidade do acusado em sua constituição biopsíquica, sobre seus precedentes familiares e sociais, sobre sua conduta antes, durante e depois do delito. (...) Hoje em dia, os resultados desastrosos da orientação tradicional na teoria e na prática da justiça punitiva foram e são tão eloquentes em demonstrar a insuficiência da defesa social contra a criminalidade, que também os juízes (mais os populares que os togados) sentem a necessidade e preocupam-se em avaliar o crime a partir da perspectiva da personalidade do acusado, determinando o grau de periculosidade”.¹⁴⁶

A proposta da sociologia criminal de FERRI era uma só:

“Se trata agora de inaugurar e realizar a fase social, na que, graças aos dados novos de antropologia e estatísticas criminais sobre a gênese do delito, a pena não será e mais a retribuição de uma falta moral por um castigo proporcionado (fase ético-jurídica), senão um conjunto de medidas sociais preventivas e repressivas, que, respondendo a natureza

¹⁴³ FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*(...), p. 174, 175.

¹⁴⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*(...), p. 91.

¹⁴⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*(...), p. 39.

¹⁴⁶ FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*(...), p. 195, 196.

e a gênese do delito de um modo mais eficaz e ao próprio tempo mais humano, preservaram dele a sociedade”.¹⁴⁷

“O passo que queremos fazer a ciência e a legislação do direito penal, constitui, pois, um novo progresso que procede de graus anteriores e vem a completar o ciclo evolutivo, facilitando ao ministério punitivo o caráter natural e espontâneo de pura função social, que teria em seu ponto de partida, e que só, não os ouvimos, é verdadeiramente compreendido pela consciência popular”.¹⁴⁸

Esse movimento representaria o ápice evolutivo de um ciclo que, afastando-se do primitivo embrião e despojando-se de todo o espírito de vingança brutal, buscaria “conservar unicamente o caráter de uma defesa pura e simples, imposta pelas necessidades do mantimento social”.¹⁴⁹ Tem-se, em resumo, portanto, a ideia de defesa social como principal objetivo do “ministério punitivo” e a negação da liberdade moral enquanto fundamento da responsabilidade criminal humana.¹⁵⁰

Interessante destacar como essa “evolução natural da pena” e da própria finalidade da justiça penal na preservação das condições de existência social (individual ou coletiva), vista como função coletiva, permanente e necessária, pretenderá estabelecer a justificativa material das medidas criminais, inclusive aquelas de caráter preventivo, como manifestações válidas da legítima defesa (social).¹⁵¹ Veja, neste particular, a analogia que Ferri procura estabelecer:

“A sociedade, pelo contrário, como organismo coletivo e permanente, sofre todos os dias e as todas as horas, em tal ou qual parte de seu conjunto, agressões criminais contínuas, não interrompidas, inferior a forma de homicídios, roubos, falsificações, violações, incêndios etc. Se pode, pois, dizer, sem exagerar, que para ela a agressão é sempre atual e iminente, que ela tem verdadeiramente para seus atos repressivos esta condição fundamental de legítima defesa: de sorte que só exerce, o repetimos uma vez mais, uma função preservativa inerente a todo organismo social”.¹⁵²

Não se pode esquecer que a defesa da coletividade é aqui tomada como “lei universal de conservação” e verdadeira “clínica preservadora contra a

¹⁴⁷ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Campinas: Minelli, 2006, p. 55.

¹⁴⁸ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 56.

¹⁴⁹ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), pp. 56 - 58.

¹⁵⁰ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), pp. 59, 60.

¹⁵¹ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), pp. 63, 64.

¹⁵² FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 65.

enfermidade da criminalidade”.¹⁵³ Essa função de preservação social contra a criminalidade é apresentada por Ferri na linha do movimento evolucionista, uma vez que ocuparia um “lugar entre aquelas formas de seleção social que tem tido e tem todavia um papel tão importante na evolução da humanidade”.¹⁵⁴ Adverte, no entanto, que alguns posicionamentos relacionais entre darwinismo natural e darwinismo social nesse contexto tem conduzido a excessos, como a teoria de Garófalo da pena de morte para os criminosos natos.

Ferri sustenta que a justiça penal não pode ser apenas seletiva, mas também preservativa; não pode ser unicamente seletiva darwinista, mas adaptativa lamarckista, *in verbis*:

“a justiça penal não é só uma função de seleção; é melhor ou deve ser uma função de clínica preservativa; e de outra parte, o ponto de vista puramente selecionado (darwinismo) deve ser completado, tanto na ordem social como no biológico, pelo ponto de vista da adaptação ao meio (lamarckismo); de sorte que a influência do meio social na patogenia do delito, deve ser de grande valor, quando se trata da sanção social contra o delito, da readaptação do condenado a vida social (...) Em todo caso, na clínica preservativa do delito e na das enfermidades comuns ou na loucura, é preciso necessariamente fazer um lugar a eliminação social daqueles que estão menos adaptados a vida”.¹⁵⁵

Diz-se que o problema fundamental da humanidade e a condição de todo progresso tem sido justamente a adaptação do indivíduo a vida permanente com outros semelhantes.¹⁵⁶ Logo, à justiça penal incumbe atuar nessa disciplina preservativa e necessária à vida social, de forma a considerar:

“o delito como um efeito de anomalias individuais e como um sintoma de patologia social, que exige necessariamente que se afastem os indivíduos antissociais, isolando assim os elementos infecciosos e saneando o meio em que se desenvolvem os germes”.¹⁵⁷

Ferri busca fundamentar as diferentes formas de reação social às ações individuais contra a vida em comunidade na ideia unicamente preservativa da própria sociedade. Desde a multa penal até a internação forçada em uma “casa de

¹⁵³ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 76.

¹⁵⁴ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 101.

¹⁵⁵ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 101.

¹⁵⁶ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 101.

¹⁵⁷ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 102.

loucos” ou a reclusão em um presídio tudo não passaria da função de defesa social, exercida sem qualquer ressentimento, isto é, sem qualquer intenção de fazer sofrer aos condenados. Contesta, inclusive, a nomeação dessa função preservativa social como “direito de castigar”, o que julga absolutamente equivocado. Assim como entende que os significantes “delito” e “pena” deveriam ser substituídos por “enfermidade moral” e “clínica preservativa”, o que considera uma terminologia mais consentânea com os dados científicos a respeito da delinquência.¹⁵⁸

Valendo-se das contribuições de Lombroso sobre a loucura moral, tidas por Ferri como geniais e revolucionárias no campo da psiquiatria, finalmente a antropologia criminal teria conseguido penetrar em sua última fase: a de eliminação quanto à separação absoluta entre a loucura e o crime, ainda que subsistam neles distintos caracteres clínicos. Os loucos e os crimes, por fim, estariam incluídos assim na “grande e desgraçada família dos anormais, dos enfermos, degenerados e antissociais”.¹⁵⁹

Apesar da resistência de alguns setores a essa radical inovação na esfera da responsabilidade moral, Ferri se mostra bastante otimista quanto ao sucesso dos ideais da *Scuola Positiva*:

“estou firmemente convencido de que mais tarde ou mais prematuro a ciência chegará a modificar também a opinião geral e a fazer que prevaleça a ideia de que os delinquentes são, também eles, indivíduos mais ou menos desgraçados, a causa de um estado anormal de seu organismo, que, ou lhes empurra ao delito desde a mais tenra idade, ou não lhes dá força necessária para resistir a impulsão das ocasiões. E então, sucederá com os delinquentes o que hoje acontece com os loucos: (...) a necessidade inexorável para a sociedade de separá-los dos demais homens, quando os meios preventivos resultem ineficientes”.¹⁶⁰

Ferri sublinha que, em sua teoria, a defesa social contra os delinquentes tem “raiz no indivíduo considerado como autor material de um delito que é o índice de sua personalidade físiopsicológica, reagindo contra o meio físico e social”.¹⁶¹ Todo homem, portanto, será sempre responsável por qualquer ação

¹⁵⁸ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 103 - 105.

¹⁵⁹ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), pp. 113, 114.

¹⁶⁰ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 115.

¹⁶¹ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 123.

antijurídica realizada por ele, unicamente porque e enquanto vive em sociedade.¹⁶² Contudo, a este princípio fundamental da responsabilidade penal é preciso agregar “os critérios científicos que permitam adaptar esta mesma responsabilidade a cada delito e a cada delinquente”.¹⁶³

O que repercutirá diretamente na teoria das consequências jurídicas do delito, uma vez que orientada pela concepção de que a sanção social, inclusive penal, independerá da falta moral do agente. Diz-se que para as sanções relativas aos delitos propriamente ditos, a qualidade e o grau deverão variar conforme as diferentes circunstâncias do indivíduo que atua, do ato cometido e da sociedade que reage. Trata-se de raciocínio construído por analogia à sanção física e biológica.¹⁶⁴

A propósito, vale destacar neste ponto que para Ferri a prevenção e a repressão não são pelo contrário mais que dois momentos de uma só e mesma função, realizada por um mesmo órgão social e vista de um só e idêntico fim: a conservação social.¹⁶⁵

“a prevenção e a repressão são igualmente necessárias para assegurar a defesa social, do próprio modo que na defesa contra as enfermidades ordinárias, convém empregar a vez a profilaxias higiênica e a terapêutica clínica”.¹⁶⁶

Nesse sentido, à escola positiva incumbiria importante tarefa de cunho teórico e prático consistente na estruturação de um “sistema único de instrumentos adaptados à função social do cumprimento da ordem”, a saber, meios preventivos e repressivos, civis e penais, dos quais a sociedade poderia dispor com a justiça. O que significaria, por óbvio, novos meios de defesa social que, em contradição com os princípios da escola clássica, seriam agora admitidos como legítimos, a exemplo das “casas de loucos destinados aos alienados criminais”.¹⁶⁷

¹⁶² FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 120.

¹⁶³ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 185.

¹⁶⁴ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 185 - 188.

¹⁶⁵ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), pp. 192, 293.

¹⁶⁶ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 194.

¹⁶⁷ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), pp. 195, 196.

Ferri indica quatro formas diversas de reação social contra os atos antijurídicos, que corresponderiam a quatro classes de medidas defensivas, a saber: i) meios preventivos; ii) meios reparatórios; iii) meios repressivos; iv) meios eliminatórios.¹⁶⁸

Sustenta o seu modelo em típica argumentação utilitarista. Alega que o classicismo penal estaria formulando suas teorias no campo da mera abstração,¹⁶⁹ afastado das necessidades do mundo real, criando garantias desnecessárias, o que percebido e criticado por qualquer homem de bom sentido.¹⁷⁰

Os meios preventivos ou de higiene social abarcariam medidas de polícia direta e próxima ao delito, bem como medidas de polícia indireta e longínqua. Já os meios reparatórios - sanções com potência muito mais limitada – poderiam ser subdivididas em três categorias: a supressão do estado antijurídico, a anulação dos efeitos do ato antijurídico e a reparação dos danos causados por ele mesmo. Os meios repressivos, por sua vez, corresponderiam a algumas das penas temporárias já admitidas pelo Código Penal e que deveriam ser preservadas, porém incluiriam sanções de caráter indeterminado, as quais deveriam assumir a condição de regra geral na visão de FERRI. Por fim, os meios eliminatórios estariam reservados aos casos de criminalidade atávica, contra as agressões mais criminais e mais perigosas, seja pela gravidade do ato (ex.: homicídios qualificados) seja pelo caráter dos indivíduos que as cometem (criminosos natos, loucos ou habituais). O objetivo dos meios eliminatórios seria mesmo o de

¹⁶⁸ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 196 - 204.

¹⁶⁹ Sobre a recepção desse tipo de crítica positivista no Brasil, cite-se, por exemplo, o seguinte trecho da obra *Medidas de Segurança* do professor José Carlos de Ataliba Nogueira - catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “Para a chamada escola clássica, o delinquente não é um ser vivo, tal qual nós realmente o conhecemos. É um tipo abstrato concebido pela razão fora do mundo real. Também o delito não é um fato real, mas uma fórmula jurídica abstrata consagrada na lei. Finalmente, outra abstração é a pena, que não se origina da necessidade para o reto governo da sociedade, mas de uma abstração – a lógica do direito, fazendo-a corresponder à igualdade mais absoluta e objetiva, punindo o mesmo delito sempre com a mesma pena, sem atenção à pessoa do delinquente, sem o seu exame subjetivo (...) Repugnava-lhe distinções entre os criminosos, donde a impossibilidade de distribuí-los por classes diferentes (...) Contrariando os dogmas da escola clássica, não podia deixar de obter sucesso a escola positiva, armada com todo o aparato científico do ultimo quartel do século passado. Nela havia muito de verdadeiro e de vivo. Procurou arredar fórmulas e construções abstratas (NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), pp. 76, 77, 79).

¹⁷⁰ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), pp. 197, 198.

“purgar o corpo social dos elementos não assimiláveis que constituiriam um perigo contínuo”, figurando entre essas medidas a pena de morte e os manicômios para os loucos criminais.¹⁷¹

FERRI não esconde a sua leitura biológica da sociedade e do próprio fenômeno criminal, servindo o modelo acima exposto como prova desse tipo de “ciência social preventiva ou preservativa”, que chega ao ponto de estruturar medidas de “higiene social” e de “eliminação perpétua” para combate das “enfermidades intelectuais ou morais” incompatíveis com a vida em sociedade.¹⁷²

Acompanhe o raciocínio do positivista italiano:

“Assim, voltando a nossa comparação com a medicina biológica, na medicina sociológica também, as grandes classes de medidas higiênicas (meios preventivos), de disciplinas terapêuticas (meios reparatórios e repressivos) e de operações cirúrgicas (meios eliminatórios), constituem o arsenal que permite a sociedade fazer frente a necessidade permanente de sua própria conservação”.¹⁷³

Esse é o tipo de ciência que, herdando o prestígio da religião, assumirá, em boa parte, o papel de explicar o mundo moderno e fundar uma nova racionalidade jurídico-penal que servirá de instância legitimadora para a ordem político-social da época,¹⁷⁴ inclusive com reflexos diretos no atual modelo de sociedade.

Não se pode esquecer que o desenvolvimento do capitalismo ao longo do século XIX, na estruturação do chamado período imperialista, exigia uma redefinição a nível ideológico que fosse capaz de neutralizar a crítica que poderia

¹⁷¹ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 199 - 204.

¹⁷² FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), pp. 203, 204.

¹⁷³ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminal*(...), p. 204.

¹⁷⁴ JESSÉ SOUZA, ao tratar do papel da ciência no mundo moderno e da influência da “palavra do especialista” no processo de legitimação das decisões políticas, afirma: “(...) a ciência herda o prestígio da religião no contexto pré-moderno e assume, em boa parte, pelo menos, o papel de explicar o mundo moderno. Não existe tema que não seja discutido na esfera pública de qualquer sociedade moderna que não invoque a ‘palavra do especialista’ que fala pela ciência. Assim, o potencial da ciência de produzir efetivo aprendizado individual e coletivo está ligado e muitas vezes decisivamente condicionado, por força de seu prestígio público, a servir de instância legitimadora e primeira e decisiva trincheira da luta social e política pela definição legítima de ‘boa vida’ e ‘sociedade justa’. Em outras palavras: não existe ordem social moderna sem uma legitimação pretensamente científica dessa mesma ordem” (SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015, p. 17 – 18).

surgir de seu próprio modelo teórico. Era necessário, portanto, racionalizar as desigualdades e reformular o conceito de liberdade. O momento era de prestígio do “racismo científico” como base dogmática útil à manutenção das estruturas sociais vigentes.¹⁷⁵

As formulações positivistas sobre a inferioridade física e moral do delinquente contribuíram sensivelmente para o reforço da ideologia dominante e para a justificação das desigualdades de uma sociedade burguesa que proclamava ser fundamentalmente igualitária.¹⁷⁶

Nesse sentido, a teoria de FERRI, juntamente com os demais positivistas italianos, parece mesmo essencial à época. Aliás, a todo o período histórico de controle social das desigualdades pela intervenção do poder punitivo, o que experimentado até os dias atuais.

1.2.3. Raffaele Garofalo

Raffaele GAROFALO (1852-1934) era o nome que faltava nesta apresentação sumária da tríade positivista italiana. Nascido em Nápoles, foi um jurista que mais tarde abraçou a magistratura e veio a ser professor de direito criminal em sua cidade natal.¹⁷⁷

Segundo ANITUA, GAROFALO poderia ser definido como um “aristocrata profundamente autoritário”, o qual, além de ter sido procurador do reino da Itália, emprenhou-se a perseguir não somente anarquistas e sindicalistas, mas também os socialistas, inclusive os de “cátedra”, como Ferri.¹⁷⁸

Dentre as obras publicadas, costuma-se ressaltar a *Criminologia*, cuja primeira edição remonta ao ano de 1885; estudo marcado pelas discussões em torno do chamado “delito natural” e da conseqüente bandeira pela defesa social na luta contra os “inimigos naturais”. GAROFALO partilhava, com o movimento

¹⁷⁵ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia*(...), p. 44.

¹⁷⁶ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia*(...), p. 45.

¹⁷⁷ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*(...),p. 325.

¹⁷⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*(...), p. 313.

do direito natural, da tentativa de encontrar uma definição extralegal de crime, que, segundo ele, poderia ser alcançada pela via sociológica.¹⁷⁹

Embora consciente da impossibilidade de um conceito material de delito que fosse válido independentemente das circunstâncias de tempo e de lugar, sustentava, a partir de certa noção sociológica, que o crime pressupunha sempre a lesão de sentimentos profundamente enraizados no coração humano e que constituiriam o que se poderia chamar de “o sentido moral de uma sociedade”.¹⁸⁰ Nesse sentido é a sua definição de crime, ou melhor, de “delito natural” enquanto ofensa a esses sentimentos profundos e instintivos do homem social.¹⁸¹

GAROFALO complementa a sua explicação afirmando que o elemento de imoralidade necessário para que um ato nocivo seja considerado criminoso pela opinião pública é justamente a lesão daquela parte do sentido moral consistente nos sentimentos altruístas fundamentais, a saber, os de piedade e os de probidade.¹⁸²

Importante destacar que, segundo enunciado pelo próprio autor, essa noção de crime atrela-se “naturalmente” a outro postulado fundamental da teoria positivista que era a anomalia moral do delinquente.¹⁸³

Assim, o fato criminoso não deveria ser visto como um fenômeno isolado, mas como “sintoma de uma anomalia moral”.¹⁸⁴ Defendia-se, na mesma linha de Lombroso, que os criminosos possuíam defeitos físicos e psíquicos, formando uma “classe de seres degenerados”, o que seria passível de constatação a partir de exames com a população carcerária.¹⁸⁵ É recorrente no pensamento de GAROFALO aquela leitura do delito enquanto dado existente no indivíduo, isto

¹⁷⁹ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*(...), p. 326.

¹⁸⁰ GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*: estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Trad. Pedro Borrajo. Montevideo: Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 4.

¹⁸¹ GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), p. 9.

¹⁸² GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), p. 37.

¹⁸³ GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), p. 69.

¹⁸⁴ GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), pp. 69, 70.

¹⁸⁵ GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), p. 71.

é, enquanto revelação de uma natureza sempre degenerada.¹⁸⁶ Fala-se, portanto, em uma natureza organicamente anormal do delinquente.¹⁸⁷

Apesar de algumas críticas a respeito de uma suposta dificuldade na teoria de GAROFALO para conciliar a definição moral de crime e a rejeição positivista da ideia de responsabilidade moral, MANNHEIM considera que os verdadeiros óbices existiriam apenas quanto tentamos conceituar aqueles deveres morais de forma específica e usá-los como base para a legislação criminal como pretendia o positivista italiano.¹⁸⁸

Ademais, explica Hermann MANNHEIM:

“É fácil encontrar o elo de ligação (sic) entre a filosofia jurídica de GAROFALO e o seu conceito de crime natural, por um lado, e a teoria criminológica de LOMBROSO, por outro: o criminoso nato é um indivíduo onde é particularmente nítida a ausência dos sentimentos de piedade e de probidade”.¹⁸⁹

Feitas essas breves considerações a respeito do crime, ou melhor, do criminoso, restam ainda alguns apontamentos necessários sobre a ideia de repressão. Segundo GAROFALO, todo organismo reage contra a violação de leis que regulam as suas funções naturais; com o Estado, enquanto representante da sociedade, não seria diferente no que toca ao seu enfrentamento ao fenômeno criminoso.¹⁹⁰ A reação, nesse sentido, deve consistir na exclusão do membro cuja adaptação às condições do meio ambiente se manifesta incompleta ou impossível; trata-se, em suma, segundo o autor, de necessária exclusão da vida social.¹⁹¹ Assim, a pena assume a natureza de “remédio” para combater a falta de adaptação do indivíduo na sua relação com a sociedade.¹⁹²

Neste particular, GAROFALO mostrava-se revoltado com a teoria e a jurisprudência dominantes da época, ao considerar que o campo jurídico parecia

¹⁸⁶ GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), p. 105.

¹⁸⁷ GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), p. 115.

¹⁸⁸ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*(...),p. 327.

¹⁸⁹ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*(...),p. 327.

¹⁹⁰ GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), p. 264.

¹⁹¹ GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), pp. 265, 266.

¹⁹² GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), p. 356.

ter imposto a missão de proteger o delinquente contra a sociedade ao invés do contrário.¹⁹³

A sua noção de temibilidade, enquanto “perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinquente”,¹⁹⁴ é normalmente citada pela doutrina como a grande contribuição para a criação dessa nova forma de tutela social contra a criminalidade.

Assim nascia, segundo FERRARI, a relação “temibilidade-medidas de segurança”:

Com a análise dos exames que constatavam a inadaptabilidade social do delinquente, bem como seu perigo social, escolhia-se, na medida de tratamento, o fim profilático a proteger a sociedade. A temibilidade era a justificativa para a imposição do tratamento. Unificava os fins de proteção social e tratamento, alcançando a eficácia com a obstrução de novos delitos.¹⁹⁵

As suas lições, como poderemos notar ao longo desta pesquisa, especialmente no tocante à base pretensamente científica utilizada para “justificar” a imposição de medidas privativas da liberdade a grupos marginalizados socialmente, rotulados de perigosos, são uma constância histórica no sistema de justiça criminal. São formulações teóricas que, revestidas do prestígio de ciência, disfarçam a violência simbólica¹⁹⁶ e fundante do controle social operado pelos mecanismos jurídico-penais.

¹⁹³ GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología*(...), p. 415.

¹⁹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*(...),p. 93.

¹⁹⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 22 - 23.

¹⁹⁶ Vale citar, mais uma vez, os ensinamentos de JESSÉ SOUZA sobre o que denominou “falsa ciência”: “(...) as categorias científicas são utilizadas ‘por debaixo do pano’, ou seja, sem que seu real caráter fique efetivamente explícito, como justificção de uma violência simbólica que, ao fim e ao cabo, funciona como uma espécie de ‘equivalente funcional’ do racismo” (SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira*(...),p. 20).

1.3. A Recepção Brasileira aos postulados de Periculosidade Individual e Defesa Social

O positivismo representa “uma grande permanência no pensamento social brasileiro, seja na criminologia, na sociologia, na psicologia ou no direito; muito mais do que uma escola de pensamento, constitui-se numa cultura”, afirma Vera BATISTA.¹⁹⁷ Juntamente com a sua ampla recepção em *terrae brasilis*, surgiram, por óbvio, as suas diferentes leituras, principalmente na conhecida distinção entre o positivismo culturalista da Escola de Recife e o positivismo ortodoxo do Sudeste (Rio de Janeiro/São Paulo).¹⁹⁸

Entretanto, no que toca particularmente aos conceitos penais desenvolvidos à época no Brasil, não seria exagero algum afirmar que foram, de maneira geral, profundamente marcados pelo positivismo criminológico italiano.¹⁹⁹ As palavras de LOMBROSO, FERRI e GAROFALO soavam aos ouvidos latino-americanos como sagradas, sendo integralmente acolhidas em nosso contexto periférico, marcado pela dependência e subdesenvolvimento, bem como automaticamente assimiladas pela grande maioria do corpo “científico” local, em que pesem as inúmeras diferenças culturais e sociais com a realidade italiana. A teoria importada fora recebida por aqui como saber indispensável à manutenção do lugar privilegiado ocupado pelas classes dominantes na estrutura capitalista da própria América Latina.²⁰⁰

A respeito dos fatores decisivos para a consagração do positivismo nessa mudança paradigmática quanto à explicação e o controle da criminalidade, alguns estudos fazem referência ao considerável aumento da delinquência, além do incremento da população urbana nas grandes metrópoles europeias. Essas características seriam apontadas no processo de ruptura com a visão clássica do

¹⁹⁷ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira(...)*, p. 41.

¹⁹⁸ ADEODATO, João Maurício. O Positivismo Culturalista da Escola do Recife. In: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 303-326, maio/ago. 2003.

¹⁹⁹ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos Críticos de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 13.

²⁰⁰ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia(...)*, p. 158 - 162.

delito principalmente no contexto europeu;²⁰¹ entretanto não estaria afastada a hipótese por completo para o espaço latino-americano, inclusive brasileiro, se consideradas as grandes cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, embora relativizada pelas suas peculiaridades.²⁰²

Ricardo FREITAS menciona, ainda, na recepção brasileira das ideias positivistas, a forte adesão das elites urbanas, subrepresentadas politicamente no regime imperial e, por isso mesmo, simpáticas ao insurgente movimento republicano.²⁰³ Sem esquecer do impulso dado ao positivismo pelos graves problemas sociais brasileiros, mais evidentes após a abolição da escravidão, os quais fortaleciam ideologias de defesa social para a contenção dos “grupos perigosos”, garantindo à primeira república feição nitidamente autoritária.²⁰⁴

Rosa del OLMO, em suas análises sobre o surgimento da criminologia no continente latino-americano, afirma:

“A criminologia chega então à América Latina depois que suas classes dominantes e ‘ilustradas’ haviam assumido os ditames da ideologia liberal e a filosofia positivista como a melhor via para alcançar ‘a ordem e o progresso’; mas sobretudo a ‘ordem’, que consideravam tão necessária, não somente pelos grandes períodos de anarquia, caudilhismo e guerras civis que caracterizam a história do século XIX latino-americano, mas também para o processo de implantação do capitalismo como modo de produção dominante na área”.²⁰⁵

Conforme a perspectiva crítica sustentada pela autora, a adoção dos ditames positivistas contribuía (e muito) para a legitimação da posição dominante dos grupos de poder existentes em cada país da região e, sobretudo, para fortalecer a noção de um Estado oligárquico. O clima convulsivo experimentado em maior ou menor grau nos países latino-americanos no século XIX teria resultado na implantação desse modelo estatal positivista segundo critérios de “ordem e progresso”. Sublinhe-se que, além da preocupação com a ordem

²⁰¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. *As Razões do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 48.

²⁰² FERLA, Luis. *Feios, Sujos e Malvados sob Medida: a utopia médica do biodeterminismo*. São Paulo: Alameda, 2009, p. 50.

²⁰³ FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. *As Razões do Positivismo Penal no Brasil*(...), p. 268 e ss.

²⁰⁴ ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, Criminologistas e Juristas: saber jurídico e a nova escola penal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 66 e ss.

²⁰⁵ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia*(...),p. 162 - 163.

interna, estariam as nações periféricas de nosso continente, ou melhor, as suas elites interessadas no processo de incorporação ao sistema econômico internacional. Ou seja: mais do que resolver problemas locais, os olhos estariam fixos no capital global. O alinhamento “científico” da nossa periferia americana com a ideologia dos países industriais europeus teria contado, portanto, com o apoio maciço das classes dominantes locais, preocupadas acima de tudo com os seus próprios interesses.²⁰⁶

Não por acaso que as ideias de periculosidade individual e defesa social encontraram na doutrina jurídico-penal brasileira ampla recepção, influenciando diretamente a estrutura dogmática e a práxis em torno das medidas de segurança e das prisões preventivas.²⁰⁷

Segundo Gornicki NUNES, a criminologia positivista legitima a ordem social constituída no país, uma vez que não questiona a base axiológica e o funcionamento do sistema de justiça criminal, especialmente os processos de criminalização primária e secundária. Justamente “por se relacionar a um modelo idealista de sociedade, nega o modo de pensar e as condições materiais de vida da América Latina como possibilidade de uma nova criminologia”.²⁰⁸

Diversas leituras poderiam ser indicadas a respeito dessa acolhida nacional ao movimento criminológico positivista como a chamada “Escola Nina Rodrigues” – médico maranhense, radicado na Bahia, destacado expoente da antropologia criminal no Brasil e adepto da *scuola* italiana de LOMBROSO, FERRI e GAROFALO.²⁰⁹ Optamos, no entanto, por uma obra específica do

²⁰⁶ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia*(...),p. 163 - 165.

²⁰⁷ Sobre a relação entre defesa social e medidas de segurança, cite-se, por exemplo, Álvaro Mayrink da COSTA: “A legitimação da medida de segurança decorre da finalidade global de defesa social, ou melhor, da prevenção de injustos penais futuros” (COSTA, Álvaro Mayrink da. Medida de Segurança. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, EMERJ, v. 10, n. 37, 2007, p. 33. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista37/Revista37_17.pdf>. Acesso em: 02 Jan. 2016).

²⁰⁸ NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*(...),p. 51.

²⁰⁹ Raimundo Nina RODRIGUES, em 1894, publicava a sua primeira obra, intitulada *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*, que tratava sobre o papel da raça na patologia da população brasileira. O livro, cuja última edição datava de 1957, era dedicado, dentre outros teóricas da época, aos “chefes da nova escola criminalista”, a saber, Lombroso, Ferri e Garófalo (CORRÊA, Mariza. Raimundo Nina Rodrigues e a “Garantia da Ordem Social”. In: *Revista*

importante jurista Aníbal Bruno, a qual não apenas segue nítida orientação criminológica positivista como também se relaciona diretamente com o objeto desta pesquisa.

1.3.1. A Teoria da Perigosidade Criminal em Aníbal Bruno

O professor pernambucano Aníbal BRUNO (1890 – 1976), que possuía formação em direito e medicina, foi um dos grandes teóricos brasileiros sobre perigosidade criminal e defesa social na primeira metade do século XX. A sua produção bibliográfica foi bastante vasta e percorreu os campos médico, jurídico e educacional. Dentre as suas inúmeras obras, as mais conhecidas são de fato os dois volumes de “Comentários ao Código Penal” e os quatro volumes sobre “Direito Penal”.

Interessa-nos, contudo, para os fins específicos desta pesquisa, uma publicação menos conhecida do senso comum, mas que pode funcionar como importante chave de interpretação sobre o atual sistema de justiça criminal brasileiro, intitulada “Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança”. Esta obra, que sequer pode ser revisada pelo autor, foi publicada em julho de 1977, pouco mais de um ano depois de sua morte, e traduz sobremaneira o pensamento do médico e jurista catedrático de direito penal da tradicional Faculdade de Direito do Recife nessa temática tão cara para a devida compreensão das permanências autoritárias jurídico-penais.

Aníbal BRUNO inicia a sua exposição com a enunciação daquilo que considera uma relação lógica e inseparável: “crime e defesa social”. Afirmar que as duas realidades centrais da ciência criminal moderna são o homem perigoso que ameaça ou que fere e a sociedade que se defende.²¹⁰

Critica, desde o início até o final da sua obra, a escola clássica. Afirmar que, ao desconsiderar o primado da defesa social, teria se constituído como uma

USP, São Paulo, n. 68, dez./fev. 2005-2006, p. 133). Para estudos mais aprofundados, indica-se: CORRÊA, Mariza. *As Ilusões da Liberdade: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 03 ed. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013.

²¹⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 11.

teoria alheia à vida e, por conseguinte, não poderia ter eficácia sobre a vida. Propõe uma mudança completa no rumo das ciências criminais e conclama os penalistas a se voltarem para a vida e procurarem “nas condições do ser humano e do meio em que ele cresce e vive os fundamentos e o sentido real da criminalidade”.²¹¹

O seu discurso em nome da defesa social contra o delinquente perigoso é absolutamente enfático:

“O conhecimento da vida revelou, no drama do delito, de um lado, um homem de personalidade desarmônica, por causas orgânicas ou funcionais, herdadas ou adquiridas, e, do outro, a sociedade com os interesses comuns protegidos por uma norma, a que o criminoso não se pode acomodar (...) o desajustado é um perigo, uma ameaça permanente à boa ordem, aos interesses legítimos que a norma consagra (...) contra o criminoso há que defender-se a sociedade”.²¹²

Invoca as lições do positivismo criminal italiano, principalmente as noções teóricas desenvolvidas por Garofalo sobre temibilidade, para defender uma transformação radical na legislação penal.²¹³ Afirma ser desnecessário um conceito geral de periculosidade, uma vez que sempre aferida de modo particular, individualizado, *in verbis*:

“Esta é sempre uma fórmula individual integrada pela personalidade biológico-social do homem em seus aspectos unitário e totalitário, com seus atributos herdados e adquiridos, permanentes e transitórios, como se exprimem ou podem exprimir-se no seu comportamento perante os estímulos da vida”.²¹⁴

Segundo o autor, possível falar em “graus de periculosidade”, de maneira que seria tanto maior e mais grave quanto mais influentes fossem os fatores criminógenos internos e entre estes os permanentes e hereditários. Nesse caso, o advento do delito poderia ocorrer com o impulso de mínimos estímulos do

²¹¹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 12.

²¹² BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 12.

²¹³ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 13.

²¹⁴ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 21.

ambiente e esse estado potencial de criminalidade tenderia tenazmente a persistir.²¹⁵

Aníbal Bruno relaciona alguns elementos do juízo de periculosidade dentre os seguintes fatores: a) as condições físicas e psíquicas que caracterizam a personalidade do agente e possam explicar tendências antissociais; b) o fato delituoso ou não em que se exprime a periculosidade; c) os motivos que determinaram o fato e as circunstâncias que o cercaram; d) a vida antecedente do autor; e) o seu comportamento contemporâneo e subsequente ao fato; f) as condições do meio familiar e social em que se formou e onde vive o suposto perigoso.²¹⁶

Sublinhe-se que a proposta é de uma periculosidade para além do delito. Entende-se que o delito seria apenas uma forma de comportamento em que se revela a periculosidade, isto é, um “sintoma de periculosidade, aquele que transforma a periculosidade suposta em periculosidade demonstrada”. Entretanto, “periculosidade gravíssima” poderia traduzir-se em “ligeiros delitos ou mesmo existir fora de qualquer ato criminoso”. A periculosidade assume, portanto, a forma de um “juízo de probabilidade” e as medidas de segurança a natureza de instrumentos de defesa social em relação ao sujeito perigoso.²¹⁷

Aníbal BRUNO volta-se continuamente para a defesa de uma análise integrativa entre saberes médicos e jurídico-penais, sempre na perspectiva de um positivismo lombrosiano declarado. Acompanhe:

“cabe ao juiz, socorrido pelos dados periciais necessários e pelas razões do seu próprio julgamento, adaptar a sanção ao caso singular, como a terapêutica se adapta individualmente, segundo a fórmula – não há doenças, há doentes – que se traduziu em criminalística no aforismo – não há crimes, mas criminosos”.²¹⁸

“sabemos que não há um tipo de criminoso nato, como realidade antropológica, no sentido primitivo lombrosiano. Mas há condições inatas de desajustamento, de indisciplina social, de periculosidade criminal, em suma. A teoria da periculosidade deve ainda a virtude de esclarecer e completar a ideia fundamental de Lombroso, dando-lhe sentido científico e objetividade prática”.²¹⁹

²¹⁵ BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 29.

²¹⁶ BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 31.

²¹⁷ BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), pp. 33, 36.

²¹⁸ BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 38.

²¹⁹ BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 41.

A discussão sobre a “perigosidade sem delito” surge em ANÍBAL BRUNO vinculada ao discurso de “falência da luta contra a criminalidade”, o que demandaria um processo de revisão do clássico direito criminal, com ampliação e rejuvenescimento de suas ferramentas, principalmente nas atividades de prevenção, ou seja, de profilaxia criminal.²²⁰

Afirma que a profilaxia criminal pode se dar em relação ao homem ou às condições ambientais propulsoras do crime. No tocante a esse último aspecto, teria lugar os “meios indiretos de luta contra a criminalidade”, reunidos por Ferri sob a categoria de “substitutos penais”. Esse tipo de prevenção gozaria de importância, mas não a mesma relevância da ação direta quanto ao homem, o agente específico do delito; essa sim uma atividade que asseguraria real eficiência à profilaxia criminal. ANÍBAL BRUNO é um entusiasta desse tipo de atuação precoce do Estado para a detenção de “prováveis delinquentes no limiar de atos criminosos”. Sustenta que o reconhecimento da periculosidade sem delito, atuando sobre ela com todos os recursos jurídicos e médico-pedagógicos, seria basilar na profilaxia criminal. A tese poderia ser resumida nos seguintes termos: melhor atuar no início do processo, ou seja, na tendência criminosa, ao invés de esperar a lesão aos bens jurídicos (momento tardio para a intervenção estatal).²²¹

ANÍBAL BRUNO reconhece que a “perigosidade sem delito” não é um tema pacífico na doutrina, porém demonstra a sua incompreensão em relação aos que inadmitem essa modalidade de periculosidade, *in verbis*:

“Essa posição é insustentável na prática como na doutrina. Fim do magistério criminal é a defesa da sociedade. E se é contra o homem perigoso, como autor de provável delito, que a sociedade se defende, não há como explicar que se aguarde o delito para que se inicie a ação preventiva do Estado (...) Na teoria, há evidente relação de causalidade entre periculosidade e sanção; a periculosidade é a causa, a sanção é o efeito. O delito tem mero valor sintomático, e o próprio Grispigni não lhe atribui outro caráter. Porque, então, ficar a lei à espera do delito? Com ele ou sem ele, desde que exista periculosidade, a medida de defesa se impõe”.²²²

²²⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), pp. 45, 46.

²²¹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), pp. 46, 47.

²²² BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 48.

Esclarece que o juízo de periculosidade, neste caso, não precisaria ser apenas de “probabilidade do delito”, mas de mera “possibilidade”. Em todo caso, porém, qualquer procedimento estatal sobre a perigosidade sem delito deveria basear-se em certas atitudes ou estilos de vida, “clamantes de tendências anti-sociais vizinhas do delito”. Com efeito, seria possível estabelecer grupos de risco, isto é, populações que se encontrariam no limiar da criminalidade, as quais deveriam ser “protegidas” contra a tendência criminosa e “emendadas” no sentido da sua adaptabilidade social. Identificava esse grupo populacional nos “vagabundos, mendigos, exploradores da prostituição, ébrios habituais, doentes mentais e nas crianças abandonadas”; os quais intitulava “resíduo social donde saem em maioria os frequentadores das prisões”. Eram esses os “tipos” humanos de “periculosidade presumida”.²²³

Defende uma teoria da periculosidade com base em fórmula generalista, por meio da qual fosse possível ao juiz, com ampla margem interpretativa e no exercício de uma função declarada de tutela social, incluir as “múltiplas modalidades de estado perigoso”.²²⁴

Aníbal BRUNO estabelece, ainda, uma relação entre doença e crime para afirmar que na gênese do fenômeno delitivo haveria a interferência de vários momentos etiológicos (fator social, fator exógeno e fator endógeno) com preponderância variável. Sustenta que cada ser humano reagiria de maneira peculiar aos estímulos criminógenos internos ou externos e, portanto, marcaria o fato delituoso com “o sinal específico da sua personalidade biológico-social”.²²⁵

Nesse espaço residiria o fundamento da periculosidade criminal. Busca na “herança” e no “meio” a explicação para a “eclosão do delito” enquanto fato humano que obedeceria às normas gerais de motivação dos demais eventos do homem.²²⁶ Chega a sustentar, por exemplo, com apoio em Lombroso e apontamentos médicos posteriores, especialmente de viés endocrinológico, que a

²²³ BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), pp. 52, 53.

²²⁴ BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 53.

²²⁵ BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), pp. 63, 64.

²²⁶ BRUNO, Aníbal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 64.

causa da mendicância e da vagabundagem poderia ser identificada em condições orgânicas.²²⁷

Insiste na correlação entre inaptações orgânicas e desvios sociais. Acompanhe:

“Essa inadaptabilidade às condições biológicas da vida corresponde as variantes mais ou menos acentuadas de inadaptabilidade à norma social. São essas constituições anormais figuras um tanto estranhas à vida, de uma capacidade particular de reagir, por atitudes patológicas ou anti-sociais, aos estímulos patogênicos ou criminogênicos do ambiente. Em muitos, tão acentuada se apresenta a tendência a romper violentamente a norma, a incidir no delito, que Di Tullio se refere a constituição deliquencial (...) Neles, a periculosidade é evidente e ressalta não só do exame bio-psicológico como da observação do comportamento do indivíduo na vida social”.²²⁸

Aníbal BRUNO aposta nos saberes das “ciências da vida”, nos “médicos sociais” para decifrar os “labirintos da personalidade humana”. Defende uma análise particularizada, isto é, em face de cada caso concreto. Apregoa que o juízo de periculosidade ocorreria tal qual um diagnóstico clínico, sendo que, uma vez reconhecido, restaria apenas impor a “medida eficaz médico-pedagógica”, que, nos casos “reduzíveis”, faria regressar o “indivíduo perigoso, readaptado e útil, ao convívio social”.²²⁹

O autor reclama das “forças poderosas” que estariam atrasando o “progresso” criminológico, assim entendido como o movimento de superação do classicismo e de pronta consagração da teoria da periculosidade criminal como instituto orgânico, capaz de dominar, em todas as suas consequências, o sistema penal. Critica a resistência estabelecida por alguns juristas e diz esperar pela grande virada criminal.²³⁰

Apela para a necessidade de uma suposta justificação legislativa e doutrinária, bem como jurisprudencial, na “consciência do povo”. O ideário comum seria o seu fundamento de legitimidade. Logo, também na esfera criminológica, seria necessário avançar para a superação de velhas fórmulas. O

²²⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 64 - 67.

²²⁸ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 80.

²²⁹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 91.

²³⁰ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 93.

direito criminal não poderia se manter alheio à consciência coletiva; pelo contrário, transpondo o absoluto divórcio mantido em relação às convicções e aos desejos da multidão, deveria caminhar até o seu ponto final de evolução: a substituição da noção de imputabilidade pela de estado perigoso e a de pena pela de medida de proteção social.²³¹

Por fim, não esconde o seu anseio por maiores poderes aos juízes, além das disposições legais, a fim de determinar o tipo e a quantidade de sanção a ser aplicada, numa espécie de “relativo arbítrio judiciário”, tudo sempre em nome dos interesses de defesa social.²³²

²³¹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 94.

²³² BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 94.

CAPÍTULO 2

MEDIDAS DE SEGURANÇA PARA A CONTENÇÃO DOS PERIGOSOS E INDESEJÁVEIS

A medida de segurança²³³ é a consequência jurídico-penal do estado perigoso.²³⁴ Trata-se de resposta estatal, pela via do direito penal,²³⁵ para a contenção de sujeitos perigosos em nome da defesa social. A doutrina brasileira em geral²³⁶ costuma defini-la como a espécie de reação ou sanção penal (oficial) destinada aos inimputáveis psíquicos, autores de fato típico e antijurídico, fundada na periculosidade individual e marcada por ideal assistencial e preventivo.

A lição comum é no sentido de que o “doente mental” autor de um injusto penal não estaria submetido a juízo de reprovabilidade da formação da vontade e, portanto, afastado da ameaça de pena. Contudo, o perigo representado pela loucura, com prognóstico criminal positivo, justificaria a internação compulsória do “anormal delinquente”.

²³³ Conforme Ataliba NOGUEIRA, outras denominações podem ser encontradas em pesquisa de direito penal comparado, como *misura di sicurezza* (Código Penal italiano de 1930), *sanzione* (Projeto Ferri), *mezzi difensivi penali* (Florian), *provvedimenti di sicurezza* (Valsechi), *mesures de sûreté* e *mesures de preservation* (França), *sichernde massnahmen* e *massregeln der sicherung* (países de língua alemã), além de *sicherungsmittel* (Exner) (NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), p. 88).

²³⁴ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 119.

²³⁵ A natureza formalmente penal das medidas de segurança pode ser verificada no atual modelo brasileiro de consequências jurídicas do delito ou de sanção criminal, muito embora historicamente esse caráter não tenha sido pacífico na dogmática jurídico-penal e na própria legislação comparada sobre a matéria. Aliás, a depender da concepção monista ou dualista, bem como da estruturação dos demais mecanismos de “reação ao delito”, pode-se defender inclusive no âmbito unificador a substituição das penas por medidas de segurança ou a substituição das medidas de segurança por penas, além de no viés dualista inserir as medidas de segurança ao lado das penas no ordenamento penal ou no direito administrativo de polícia (NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), p. 87 - 117). A mesma discussão é apresentada por FERRARI sob a rubrica “Dicotomia pena-medida de segurança: semelhanças e diferenças” em FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*(...), p. 66 - 75

²³⁶ Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 467; DOTTE, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 05 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 765; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 600.

A medida oficial de segregação do “louco criminoso”, ao menos pelo discurso oficial, não estaria pautada na culpabilidade tampouco teria caráter retributivo, mas fundada na periculosidade e apresentaria finalidade terapêutica individual e protetiva social.²³⁷

Nesse tipo de sistema criminal, segundo FERRAJOLI, o delito passou a ser concebido “como um sintoma de patologia psicossomática, devendo enquanto tal ser tratado e prevenido mais do que reprimido, com medidas pedagógicas e terapêuticas destinadas a neutralizar as causas exógenas”.²³⁸

Note, portanto, a estreita relação construída, neste particular, entre direito penal e psiquiatria forense, com “importantes vínculos de dependência, sobretudo em razão de produzirem discursos funcionais à mútua legitimação das técnicas de controle”.²³⁹ Justamente pela associação entre os saberes psiquiátrico e jurídico-penal, ambos conforme uma “manipulação regrada e concentrada das relações de poder”,²⁴⁰ criava-se o vago, porém extremamente útil, rótulo de periculosidade,²⁴¹ o qual fundamentaria as medidas de segurança vigentes há mais de dois séculos no controle social.

Em verdade, desde a “nau dos loucos”, que transportava “sua carga insana de uma cidade para outra”,²⁴² até a instituição formal das medidas de segurança, a partir dos estudos da Escola Positivista italiana, “em especial dos trabalhos de

²³⁷ Acompanhe, nesta linha, a definição de Álvaro Mayrink da COSTA: “Conceituam-se as medidas de segurança, de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e de tratamento ambulatorial, como consequências jurídicas de caráter penal e não administrativos, ditadas pela política de prevenção especial positiva, tendo como pressupostos a realização de injusto penal e a periculosidade criminal do autor, se inimputável, presumida, se semi-imputável, considerada por determinação judicial ao especial tratamento curativo, adotado o sistema vicariante, objetivando evitar que não voltem a praticar novos injustos penais” (COSTA, Álvaro Mayrink da. *Medida de Segurança. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*(...), p. 20.).

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 625.

²³⁹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*(...), p. 271.

²⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico*(...), p. 26.

²⁴¹ MATTOS, Virgílio de. *Crime e Psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. 01 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 57.

²⁴² FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 13.

Enrico Ferri e da Terza Scuola de Carnevale”²⁴³, o propósito real, como veremos a seguir, foi sempre o mesmo: a exclusão.

2.1. O Sujeito Inculpável e a Resposta Penal: Uma Visão Dogmática Tradicional da Medida de Segurança no Direito Brasileiro

2.1.1. Sobre a Imputabilidade ou Capacidade Psíquica de Culpabilidade

A primeira categoria normalmente referida pela doutrina para introdução das análises dogmáticas a respeito da medida de segurança refere-se à imputabilidade ou capacidade psíquica de culpabilidade. Trata-se da “capacidade psíquica requerida para se imputar a um sujeito a reprovação do injusto”.²⁴⁴ Também chamada por alguns de “capacidade de motivação”, isto é, “capacidade para se motivar pelos preceitos normativos”.²⁴⁵

A matéria encontra-se disciplinada no Código Penal brasileiro entre os artigos 26 e 28, ao relacionar as hipóteses de exclusão da capacidade de culpabilidade. Registre-se que o ordenamento penal brasileiro não se preocupou em conceituar o que seria imputabilidade, deixando essa tarefa a cargo da doutrina e jurisprudência. Tratou a obra legislativa nacional, ao invés disso, simplesmente de apresentar os casos de inimputabilidade.

Na tentativa de conceituar imputabilidade, afirma Aníbal BRUNO que seria “o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.²⁴⁶ De modo semelhante, Roque de Brito ALVES identificava a imputabilidade na “soma das condições psíquicas exigidas legalmente para atribuir-se a alguém uma conduta punível, um fato delituoso”.²⁴⁷

²⁴³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 01 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 848.

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. v. 1. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 624.

²⁴⁵ CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 138.

²⁴⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. t. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 39.

²⁴⁷ ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal: parte geral*. v. 1. 3 ed. Recife: Editora Inojosa, 1977, p. 405.

Diz-se, ainda, que seria necessário, para tanto, uma dupla capacidade do sujeito: entendimento (sobre o caráter ilícito do fato) e determinação ou posicionamento (conforme aquele conhecimento). É o que os italianos vão chamar de *capacità d' intendere e di volere*.

O primeiro elemento da imputabilidade, segundo Hans WELZEL, versaria sobre a “compreensão do injusto material”, *in verbis*:

“Não é necessário que o autor conheça o fato como contrário à lei, nem basta a consciência de cometer um fato meramente amoral, mas que o autor deve saber que seu fato é uma infração contra aquelas normas sociais que são imprescindíveis para a convivência”.²⁴⁸

O segundo elemento, por sua vez, corresponderia à capacidade volitiva, isto é, de um atuar conforme a compreensão potencial da ilicitude do fato, também denominada de capacidade de autodeterminação ou de autogoverno. Brito ALVES²⁴⁹ sustenta que a referida capacidade implicaria o poder de o indivíduo ajustar a sua própria conduta ou atividade à sua razão, por um lado, e por outro, resistir aos seus impulsos, instintos, paixões, censurando-as ou controlando-as.

Francisco de Assis TOLEDO, seguindo nítida orientação finalista, sintetiza esses âmbitos de imputabilidade como sendo (i) a compreensão do injusto que realiza e (ii) a orientação finalisticamente dirigida em função dessa compreensão.²⁵⁰

O professor argentino Enrique BACIGALUPO, também em apertado resumo, afirma que a “capacidade de motivação” seria aquela determinada em função do cumprimento do dever e que exigiria: “a) a aptidão para compreender a desaprovação jurídico-penal; b) a capacidade de dirigir seu comportamento de acordo com essa compreensão”.²⁵¹

Nesse sentido, o Código Penal brasileiro, optando pelo sistema

²⁴⁸ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. 1 ed. Campinas: Romana, 2003, p. 235.

²⁴⁹ ALVES, Roque de Brito. *op. cit.*, pp. 400, 401.

²⁵⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, p. 315.

²⁵¹ BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 409.

biopsicológico, define o inimputável como aquele que, “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (artigo 26, *caput*, do Código Penal).

A doutrina costuma mencionar, em rápida análise de direito comparado, que outros países adotaram o mesmo sistema em seus códigos penais, a saber, italiano (artigo 88), espanhol de 1995 (artigo 20), alemão (artigos 20 e 21) e português (artigo 20).²⁵²

HUNGRIA, ao tratar do método biopsicológico ou biopsíquico, adverte para a necessidade de

“(...) averiguação da efetiva existência de um nexo de causalidade entre o anômalo estado mental e o crime praticado, isto é, que esse estado, contemporâneo à conduta, tenha privado completamente o agente de qualquer das mencionadas capacidades psicológicas (quer a intelectual, quer a volitiva)”.²⁵³

Sublinhe-se que, por esse critério, a inimputabilidade penal somente poderia ser afirmada se ficasse comprovado que a falta de saúde mental tivesse causado ao agente, no momento do crime, uma situação viciada de discernimento ou determinação.

2.1.2. Medidas de Segurança: o Remédio Penal para a Periculosidade Individual

Ao sujeito inculpável por doença mental reserva a legislação penal uma resposta (formalmente) diversa da pena: a “medida de segurança”. Trata-se, conforme já referido acima pela doutrina tradicional, de consequência jurídico-penal aplicada ao inimputável, revelador de certo grau de periculosidade, autor

²⁵² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*(...), pp. 231, 232.

²⁵³ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. v. I. tomo II: arts. 11 ao 27. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 260, 261.

de um fato típico e ilícito, a qual funcionaria ao mesmo tempo como medida de tratamento individual e defesa social.²⁵⁴

Nesse sentido, Eduardo Reale FERRARI define a medida de segurança como “providência do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito-típico e se revelar perigosa, venha a reiterar na infração, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social”.²⁵⁵ QUEIROZ leciona que são “sanções penais destinadas aos autores de um injusto penal punível, embora não culpável em razão da inimputabilidade do agente”.²⁵⁶

Cirino dos SANTOS sintetiza, com maestria, a maneira pela qual as medidas de segurança são ainda concebidas pela dogmática penal: instrumentos de proteção social e de terapia individual fundadas na periculosidade de autores inimputáveis de fatos definidos como crimes.²⁵⁷

É comum relacionar uma série de elementos distintivos entre as penas e as medidas de segurança, como o fundamento, a finalidade, os destinatários, o prazo de duração, a natureza da decisão etc.²⁵⁸

Sem dúvida, um dos princípios pontos levantados nessa discussão diz respeito ao pressuposto lógico-jurídico dessas sanções: culpabilidade X periculosidade. Segundo ROXIN, toda pena pressupõe culpabilidade do sujeito quando cometido um fato no passado enquanto toda medida de segurança

²⁵⁴ É o posicionamento de Álvaro da Costa: “A medida de segurança como sanção penal não tem o caráter retributivo-preventivo nem o patamar da culpabilidade, visto que a sua natureza é preventiva e o seu fundamento está na periculosidade do autor do injusto penal, que em razão de sua doença mental, constitui-se, na probabilidade de vir ou tornar a realizar novos injustos típicos relevantes colocando em risco a sua própria integridade pessoal e a segurança da macrosociedade (COSTA, Álvaro Mayrink da. *Medida de Segurança. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*(...), p. 20.).

²⁵⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*(...), p. 15.

²⁵⁶ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 8 ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 517.

²⁵⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral* (...), pp. 615, 616.

²⁵⁸ BITENCOURT relaciona as seguintes diferenças entre pena e medida de segurança: “a) as penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva; b) o *fundamento* da aplicação da pena é a culpabilidade; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na *periculosidade*; c) as penas são determinadas; as medidas de segurança são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do sujeito; d) as penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicáveis aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de *especial tratamento curativo*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 854).

pressupõe uma continuada periculosidade do sujeito para o futuro.²⁵⁹ Não é diferente o posicionamento de WELZEL, ao afirmar que a pena é a retribuição por um injusto cometido ao passo que as medidas de segurança são uma proteção da comunidade em face dos fatos penais futuros de pessoas perigosas.²⁶⁰

A periculosidade é, de fato, a principal categoria referida pela doutrina ao tratar da medida de segurança, que teria como objetivo oficial a contenção individualizada dos sujeitos perigosos em prol de um alegado bem coletivo.

Aníbal BRUNO,²⁶¹ em sua clássica obra *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*, já sustentava, sob forte influência positivista, essa estreita relação entre “estado perigoso” e medidas jurídico-penais para a segurança social.

“Não ajustado às normas ético-jurídicas da vida social, por qualquer causa individual ou mesológica, o homem se apresenta como um perigo permanente para a sociedade. Nele reside uma ameaça constante aos interesses fundamentais do grupo, que ao direito penal cabe proteger. É um homem criminalmente perigoso. A expressão do seu estado, no direito é a perigosidade criminal e a defesa social”.²⁶²

É bem verdade que as noções de temibilidade e perigosidade adquiriram contornos diferentes ao longo dos movimentos criminológicos e dogmáticos penais; as mutações conceituais podem ser facilmente percebidas em torno das discussões sobre periculosidade social ou criminal e periculosidade pré ou pós delinquencial, tema que será explorado com maior vagar em tópico próprio. Contudo não seria exagero afirmar que a periculosidade sempre teve espaço garantido nos meios formais de controle social, fosse com antigos ou novos contornos, principalmente nas medidas de segurança, as quais estiveram na base da estruturação legal de todos os regimes políticos autoritários do século XX²⁶³,

²⁵⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. t. 1. 1 ed. Trad. e notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 1997, p. 42.

²⁶⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 258: “la pena es la retribución por un injusto cometido; las medidas de seguridad son una protección de la comunidad frente a hechos penales futuros de personas peligrosas”.

²⁶¹ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 119.

²⁶² BRUNO, Anibal. *op. cit.*, p. 123.

²⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 139.

sendo que, entre nós, sua disciplina fora consagrada de maneira sistemática, inclusive com título próprio,²⁶⁴ com o Código Penal de 1940 na “Era Vargas”.

Não custa repetir que o atual fim declarado da medida de segurança reside justamente na terapia da periculosidade criminal.²⁶⁵ Este é outro ponto muito citado por aqueles que pretendem diferenciar a pena criminal da medida de segurança: a sua finalidade. Diz-se, neste sistema penal cindido, imerso numa espécie de “esquizofrenia filosófica e antropológica” capaz de combinar o idealismo da ética tradicional com o determinismo positivista, que a pena teria caráter retributivo (a resposta para os “iguais”) enquanto a medida de segurança viés preventivo coletivo e assistencialista individual em face da periculosidade (a inscrição determinista dos “estranhos”).²⁶⁶

O que tem relação direta com a origem da medida de segurança num processo de segmentação ou complementação da pena, a depender do posicionamento adotado. Explica Anibal BRUNO que seria necessária uma nova espécie de sanção penal adequada à criminalidade praticada por menores e loucos, os quais se revelariam “frequentemente dos mais perigosos para o ordenamento jurídico-social”. Justo seria, portanto, “que se viesse ao encontro dessa espécie de criminosos com medidas adequadas às condições especiais de sua personalidade, medidas de cura e de segurança”.²⁶⁷

De fato, a partir do final do século XIX, com essa leitura positivista de ineficácia da pena no “enfrentamento da criminalidade”, ganharam força as ideias preventivas à sanção, elegendo na inocuização e no tratamento do

²⁶⁴ Conforme Salgado MARTINS, o Título VI do Código Penal de 1940, em sua redação original, intitulado “Das Medidas de Segurança”, o qual era dividido em dois capítulos – “Das Medidas de Segurança em Geral” e “Das Medidas de Segurança Em Espécie” –, poderia muito bem ser chamado de “o Código de segurança dentro do código penal” (MARTINS, Salgado. *Sistema de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957, p. 438).

²⁶⁵ O ideal de terapia ou cura é muito citado pela doutrina penal ao tratar das medidas de segurança aplicáveis aos portadores de sofrimento psíquico. Registrem-se os seguintes trechos da obra de Álvaro da COSTA: “estamos diante de um *doente* e o que importa é a *pessoa do paciente* para fins de tratamento” (...) “O inimputável continua a ser uma pessoa humana em particular estado de autocensura, a quem importa dar auxílio e proteção. A defesa da macrosociedade realiza-se justamente com o tratamento e a cura por óbvio até onde for possível, desses especiais tipos comportamentais” (COSTA, Álvaro Mayrink da. *Medida de Segurança. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*(...), pp. 18, 21.).

²⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*(...), p. 97.

²⁶⁷ BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...),p. 128, 129.

delinquente, fins irrenunciáveis à resposta jurídico-penal. O fracasso da pena e a necessidade de defesa social diante da periculosidade do sujeito (ou melhor: de certos sujeitos, ou melhor, coisas perigosas) teriam embasado essa nova visão,²⁶⁸ a qual foi rapidamente incorporada em diversos diplomas legais como o Código Rocco de 1930 e o Código Suíço de 1937.²⁶⁹

Segundo ZAFFARONI, desde os projetos suíços de Stooss do final do século XIX e início do século XX, teoriza-se sobre um direito penal para iguais e outro para estranhos ou inimigos. As medidas de segurança, com um pé no penal e outro na coerção administrativa direta, por não se fundarem na gravidade do fato, mas sim no direito penal de autor, conforme sua periculosidade positivista, atuam *in rem*, como dizia o próprio Stooss, seguindo uma coisa perigosa em razão de seu estado.²⁷⁰

A concepção positivista, tipicamente seletiva, a respeito da periculosidade traduz, ainda hoje, o pensamento dominante e comum da dogmática jurídico-penal, o que pode ser facilmente verificado, às vezes de maneira expressa, mas quase sempre de forma sub-reptícia na imensa maioria dos manuais de direito penal e, por conseguinte, repetido nas decisões judiciais.

2.2. O “*Locus*” de Criminalização: dos Manicômios Judiciários aos Hospitais De Custódia e Tratamento Psiquiátrico

A medida de segurança, especialmente na modalidade “internação”, também chamada “estacionária”, é um poderoso instrumento de segregação que encontra nas “instituições totais” de controle²⁷¹ ou “instituições da violência”²⁷²

²⁶⁸ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*(...), p. 16 - 17.

²⁶⁹ Anote-se que, embora esses sejam os exemplos legislativos mais citados e talvez mais populares em matéria de medidas de segurança, forçoso reconhecer que outros códigos e leis continham dispositivos semelhantes. Sobre análises histórico-legislativas inclusive de direito comparado nesta temática, conferir: BRUNO, Anibal. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*(...), p. 208 – 219; NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), p. 255 - 285.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*(...), p. 96.

²⁷¹ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

²⁷² BASAGLIA, Franco. *A Instituição Negada*. 03 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

seu local de execução e manutenção. Os manicômios judiciais surgem, portanto, como espaços de detenção dos inimputáveis psíquicos, em cumprimento ao programa de criminalização da loucura, ainda que parte da doutrina insista numa declaração de fins curativos individuais e protetivos (macro) sociais²⁷³.

São, na verdade, “prisões-hospitais ou hospitais-prisões, onde se consuma uma dupla violência institucional – cárcere mais manicômio – e onde jazem, esquecidos do mundo, aqueles sentenciados por enfermidade mental”.²⁷⁴ Este é o relato de quem já esteve “internado” em um manicômio judicial: “Eu não sei se isso aqui é um hospital implantado numa cadeia, ou se é uma cadeia implantada num hospital”.²⁷⁵

O fato é que, a partir de um suposto “realismo da vida, a escola positiva abriu as portas das prisões a muitos delinquentes, fazendo-os recolher a hospitais e manicômios”.²⁷⁶

O primeiro estabelecimento destinado especialmente a “delinquentes alienados” teria sido a “prisão especial de Broadmoor”, na Inglaterra, em 1863. Já no Brasil, muito embora o primeiro hospício, o Pedro II, tenha sido instituído por decreto em 1841,²⁷⁷ um local específico de internação para “loucos criminosos” surge, em 1903, com a inauguração da “Seção Lombroso” no Hospital Nacional de Alienados, situado no Rio de Janeiro. Posteriormente, em 1921, é criado o Manicômio Judicial do Rio de Janeiro.²⁷⁸

²⁷³ Sobre as finalidades declaradas da medida de segurança de internação, confira o registro de Álvaro Mayrink da Costa: “A internação em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico e a submissão ao tratamento ambulatorial possuem por finalidades: a) submeter o doente mental que cometeu injusto penal, e como tal considerado presumidamente pelo Estado, observado sempre o princípio da dignidade humana, a tratamento psiquiátrico específico objetivando a melhora da sua saúde mental; b) proteger a macrosociedade contra prática de novos injustos penais garantindo a segurança e a paz social” (COSTA, Álvaro Mayrink da. Medida de Segurança. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*(...), p. 25.).

²⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 628.

²⁷⁵ Relato de Anderson, paciente masculino internado no Manicômio Judicial do Rio de Janeiro. In: IBRAHIM, Elza. *Manicômio Judicial: da memória interrompida ao silêncio da loucura*. Curitiba: Appris, 2014, p. 25.

²⁷⁶ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), p. 79.

²⁷⁷ ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. 01 ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 30.

²⁷⁸ CARRARA, Sérgio. A História Esquecida: os manicômios judiciais no Brasil. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 20, n. 1, abril, 2010, p. 16.

O regime de internação compulsória fundado na periculosidade do doente mental – próprio dos manicômios judiciais –, consagra a íntima “aliança entre o direito penal e a psiquiatria, responsável por trágicas páginas da história do sistema penal”.²⁷⁹

O manicômio - *locus* de internação compulsória de inimputáveis - é tipicamente uma instituição total, nos moldes propostos por GOFFMAN, senão vejamos:

“um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada”.²⁸⁰

A institucionalização produz danos profundos na subjetividade. O que se tem é, realmente, um processo de “mortificação do eu”.²⁸¹ Aqueles que, por vezes durante décadas, foram transformados em objeto de controle e castigo nunca esquecem. Daniela ARBEX, em “Holocausto Brasileiro”, retrata a história de alguns sobreviventes do maior hospício deste país, o “Colônia”, situado em Barbacena/MG. Dentre as inúmeras experiências traumáticas, narra o caso de Antônio Gomes da Silva, o “Cabo”, que passou 34 (trinta e quatro) anos de sua vida internado:

“O hospital estava ali, marcado não só em seu corpo, mas também impregnado em sua alma. Por isso, os pesadelos tornavam seu sono sobressaltado e se repetiam noite após noite. Acordava com o suor umedecendo o pijama e sempre com a mesma sensação de terror. Olhava ao redor para ver onde estava e descobria que os eletrochoques com os quais sonhava ainda o mantinham prisioneiro do Colônia”.²⁸²

De fato, como diria Franco BASAGLIA, são “instituições da violência”, pretensamente justificadas, neste caso, pela “doença”. Estão fundadas na violência e exclusão com nítida divisão entre os que têm o poder e os que não o

²⁷⁹ KARAM, Maria Lúcia. Punição do Enfermo Mental e Violação da Dignidade. In: *Verve*. São Paulo, v. 2, 2002, p. 217.

²⁸⁰ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*(...), p. 11.

²⁸¹ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*(...), p. 23-24.

²⁸² ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*(...), p. 33.

têm. Estabelece-se, portanto, “uma relação de opressão e de violência entre poder e não poder, que se transforma em exclusão do segundo pelo primeiro”.²⁸³

A própria arquitetura manicomial, normalmente bastante semelhante ao modelo panóptico de Bentham, fora pensada com o objetivo de intensificar o controle e a vigilância em relação à vida do paciente/interno/recluso. Elza IBRAHIM, ao descrever o Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro, afirma que era um lugar onde padrões e normas morais eram impostas na tentativa de adaptar o “doente” ao modelo determinado pelo corpo de profissionais que atuavam naquele espaço, os quais funcionavam como verdadeiros detentores do poder instituído.²⁸⁴

CASTEL afirma que a internação em um “estabelecimento especial” é o elemento determinante que condiciona esse *status*, de maneira que o essencial na “medicanalização” da loucura não é a relação médico-doente, mas medicina-hospitalização. O importante é o desenrolar de “um novo tipo de poder na instituição”, ou seja, a “aquisição de um novo mandato social a partir de práticas centradas, inicialmente, no baluarte asilar”.²⁸⁵

Segundo FOUCAULT, o asilo funciona na realidade como campo polarizado por uma dissimetria especial do poder, o qual adquire sua forma ou inscrição física no próprio corpo do médico.²⁸⁶ E, sendo um dispositivo de poder, ocupará também (e necessariamente) o lugar de instância produtora da prática discursiva sob o viés de jogo de verdade. Importante não perder de vista essa leitura foucaultiana a respeito da microfísica do poder e da produção de certo número de enunciados que se apresentam como legítimos no contexto estratégico de disputa de forças para uma compreensão além das realidades aparentes.²⁸⁷

²⁸³ BASAGLIA, Franco. As Instituições da Violência. In: *A Instituição Negada: relato de um hospital psiquiátrico*. Coordenado por Franco Basaglia. Tradução de Heloisa Jahn. 03 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 101.

²⁸⁴ IBRAHIM, Elza. *Manicômio Judiciário: da memória interrompida ao silêncio da loucura(...)*, p. 25 - 26.

²⁸⁵ CASTEL, Norbert. *A Ordem Psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Trad. Maria Thereza de Costa Albuquerque. 02 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 56.

²⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico(...)*, p. 7.

²⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico(...)*, p. 17-21.

Esse tipo de abordagem mostra-se fundamental para as análises seguintes em torno das próprias noções de “doença mental” e periculosidade.

A respeito das contradições do atual sistema punitivo paralelo imposto aos portadores de sofrimento psíquico, registra Alessandro BARATTA as suas críticas:

“En las más recientes discusiones, se ha evidenciado claramente la contradicción representada por la existencia de ‘manicomio criminales’, instituciones verdaderamente anacrónicas y aun más represivas y destructivas que la cárcel misma, situadas em una zona neural entre el sistema carcelario y el sistema de derecho al tratamiento terapêutico adecuado para los sujetos que padecen trastornos mentales, así como la grave contradicción práctica y jurídica representada por la acumulación de penas y de medidas de seguridad”.²⁸⁸

Virgílio de MATTOS também não se cansa de denunciar a violenta segregação operada por meio do sistema disciplinar manicomial:

“A segregação é regra. A contenção é brutal: camisas-de-força, banhos frios e de ‘surpresa’, leitos de contenção para os agitados – outro traço que perdura no tempo -, celas de isolamento. Violência pura e simples. Cura e punição parecem emergir de um mesmo conceito: disciplina e castigo”.²⁸⁹

Sublinhe-se, ainda, que o regime asilar oitocentista, fundado num modelo de micropoder, lançava suas garras justamente sobre o “exército de reserva do proletariado da fazenda”, quando assume a forma de “colônia” numa espécie de “microcosmo social perfeito”.²⁹⁰ A mesma função higienista e de controle social operada, em certa medida, ao longo dos demais séculos. Sempre um “método cômodo”²⁹¹ para se livrar do contingente humano indesejado.

²⁸⁸ BARATTA, Alessandro. Principios del Derecho Penal Mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires: De Palma, ano 10, n. 40, 1987, p. 640-641.

²⁸⁹ MATTOS, Virgílio de. *Crime e Psiquiatria*(...), p. 59.

²⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico*(...), p. 153-158.

²⁹¹ Conforme um dos maiores expoentes da antipsiquiatria, Thomas Szasz, “para o ‘paciente-delinquente’ não existe nem absolvição para a sua culpa, nem tratamento. Isso não é mais que um método cômodo para ‘se livrar’ de indivíduos que apresentam certos comportamentos anti-sociais”. SZASZ, Thomas. *La loi, la liberté et la psychiatrie*. Paris: Payot, 1977, p. 148 *apud* CARRARA, Sérgio. A História Esquecida: os manicômios judiciários no Brasil. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*(...), p. 27.

O que se tem, por meio dessas medidas de segurança de internação, é a potencialização do natural grau de autoritarismo presente em todo e qualquer sistema penal. Em que pesem os disfarces históricos das instituições manicomiais, o que tende a imperar é de fato o poder punitivo autoritário e a sua lógica de coisificação de certos seres humanos, relegados a subcidadãos e, assim, mantidos excluídos ou à distância.²⁹²

Por vezes, ao longo da história, mudam-se os nomes – de manicômios judiciários a hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico – mas apenas os nomes;²⁹³ a ideologia segregacionista informadora e a sua práxis excludente e violenta permanece. Em sendo assim, de nada adianta; seria melhor até mesmo que se mantivessem os nomes com assunção dos reais objetivos.

2.3. Olhares Para Além do Discurso Oficial

A revisão sobre o tema em discussão mostra-se, de fato, necessária, a fim de superar o senso comum, as imagens feitas, as ideias recebidas e repetidas acriticamente, a simplificação e o aceite automático dos pontos de vista mais problemáticos.²⁹⁴

A criminalização e segregação da loucura, desempenhada pela medida de segurança estacionária, sob a figura da instituição manicomial, com base em discurso oficial assistencial e preventivo, carece de uma discussão séria e responsável.

Necessário, portanto, colocar em xeque certas categorias básicas do senso comum e investigá-las a partir de uma lente democrática fundada no primado da alteridade. Tem-se absoluta urgência no resgate da crítica criminológica quanto aos processos de definição de crime e loucura, seu caráter seletivo e

²⁹² FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*(...), p. 386 e 389.

²⁹³ A respeito dos chamados “Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico”, BITENCOURT afirma que “não passa de uma expressão eufemística utilizada pelo legislador da Reforma Penal de 1984 para definir o velho e deficiente *manicômio judiciário*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*(...), p. 856).

²⁹⁴ HESPAÑA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 02 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 9.

estigmatizante e, sobretudo, a inadequação das instituições de sequestro asilar para atingimento dos objetivos oficiais que supostamente justificariam a sua existência.²⁹⁵

Mesmo porque uma interpretação responsável no que diz respeito ao sistema penal e processual penal exige uma teoria do conhecimento fundada no modo de ser do real, constituída por um saber dialético e de viés emancipatório; do contrário, restará apenas o histórico punitivismo vulgar fundado em um saber dogmatizado e limitado a proclamar ideias superficiais a respeito da questão criminal sempre no interesse das classes dominantes.²⁹⁶

Com efeito, a fim de introduzir as problematizações nesta seara, vale inicialmente recordar as finalidades (declaradas) das medidas de segurança segundo o discurso tradicional e majoritário de influência positivista criminológica no Brasil. Confira, nesse sentido, o escólio de Aníbal BRUNO:

“a medida representa segurança e tratamento. O doente mental perigoso é segregado do meio onde poderia repetir o seu crime e submetido ao conveniente regime curativo, em sentido médico. O manicômio judiciário é, na realidade, um hospital especializado, dirigido por médico alienista e onde a execução da medida se cumpre debaixo de processos terapêuticos”.²⁹⁷

Nesse viés a medida de segurança teria um duplo papel corretivo: tratar o doente mental e proteger a sociedade. Seria uma medida de terapia da periculosidade.²⁹⁸ Teria como objetivo a transformação do “anormal” e “perigoso doente mental” em um sujeito “normal” e “socializado”, isto é, capaz de conviver no meio social sem risco de que volte a delinquir. Em verdade, no entanto, todo

²⁹⁵ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*(...), p. 270.

²⁹⁶ NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*(...), p. 24.

²⁹⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. t. III. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 321.

²⁹⁸ Explica Salo de CARVALHO o funcionamento desse sistema de irresponsabilidade criminal e de cura da periculosidade pela via da medida de segurança: “Do ponto de vista formal, a periculosidade – amparada no discurso médico-psiquiátrico – restará adstrita à identificação do inimputável psicológico (...) A ausência de responsabilidade criminal, porém, não impede a edificação de sistema de sequestro asilar aos inimputáveis. Declarada a inimputabilidade, entra em cena – em sua integralidade – o corpo criminológico para aplicação de medida curativa com a finalidade de cessar ou diminuir a índices aceitáveis a periculosidade do sujeito” (CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*(...), p. 274).

esse discurso curativo individual e de tutela do meio social apresenta-se como mecanismo de criminalização da loucura no país.

É fundamental questionar a medida de segurança estacionária e o processo de criminalização da loucura no Brasil em homenagem a uma “população invisível” de “loucos infratores” segregados em “manicômios judiciais” nacionais. Segundo “censo 2011”, seriam 3.989 (três mil, novecentos e oitenta e nove) homens e mulheres internados em 23 (vinte e três) Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico e 03 (três) Alas de Tratamento Psiquiátrico no país.²⁹⁹

Não é possível simplesmente ignorar essa realidade das práticas punitivas³⁰⁰ e continuar a reproduzir discursos prontos e vazios de pensamento, anunciados em nome da preservação da paz e da ordem pública,³⁰¹ quando se sabe (muito bem) que a função da mera repetição dogmática é justamente evitar o questionamento e, assim, negar o contínuo massacre do outro. Ao contrário, o estabelecimento de um diálogo livre “que se autocritica e busca, consciente de sua inconsistência, seu processo de autocriação”,³⁰² apresenta-se como valioso instrumento de ruptura com a “naturalização de práticas fascistas mesmo em ambientes formalmente democráticos”.³⁰³ Ao invés da naturalização conceitual e prática, optemos pela problematização, pela desconfiança e pela resistência às obviedades aparentes.

Há verdadeira urgência em se avaliar criticamente o método de formação desta comunidade esquecida, transformada em mero objeto de controle penal, com base em discurso oficial de terapia individual e defesa social em relação ao “perigoso doente mental” autor de fato previsto em lei como crime.

²⁹⁹ DINIZ, Debora. *A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013, pp. 12, 16 e 35.

³⁰⁰ Conforme Leandro Gornicki NUNES, “sendo ignorada a realidade das práticas punitivas, as suas finalidades ficam sem ligação com a realidade social e política, de modo a esconder o fenômeno da violência” (NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil(...)*, p. 30).

³⁰¹ Ataliba NOGUEIRA, ao dissertar sobre as medidas de segurança, afirma que são “os meios mais modernos que a ciência do direito penal recomenda para, juntamente com as penas, delas se utilizar o Estado, a fim de preservar a paz e a ordem pública contra as ações delictivas” (NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança(...)* p. 85).

³⁰² TIBURI, Marcia. *Como Conversar com um Fascista: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 124.

³⁰³ CASARA, Rubens R. R.. Apresentação. In: TIBURI, Marcia. *Como Conversar com um Fascista: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro(...)*, p. 13.

Em meio a essa tarefa de resistência humanitária contra o autoritarismo penal das medidas de segurança, indispensável reconhecer, dentre outras coisas, o desvelamento proposto por KARAM quanto as flagrantes incompatibilidades sistêmicas em torno de um suposto objetivo de cuidado (individual) por meio da intervenção (punitiva) criminal:

“o tratamento de qualquer transtorno mental não se coaduna com o caráter punitivo, indissolúvelmente ligado à sua determinação, por parte de órgãos integrantes do sistema penal, submetidos a conclusões de um discurso médico ultrapassado e igualmente comprometido com a repressão e o controle dos indivíduos. Em um tratamento integrado ao sistema penal, os objetivos de controle sobre o indivíduo acabam por se sobrepor aos objetivos terapêuticos e, pior do que isso, acabam mesmo por se sobrepor a princípios éticos”.³⁰⁴

A clássica tese segundo a qual a medida de segurança poderia ser diferenciada da pena em virtude de seus fins não encontra a menor correspondência no mundo fático. A distinção entre pena e medida de segurança é, na verdade, “puramente formal; materialmente, a medida de segurança pode ser mais lesiva à liberdade, inclusive”.³⁰⁵ Nos dizeres de Heleno FRAGOSO, “toda medida coercitiva imposta pelo Estado, em função do delito e em nome do sistema de controle social, é pena, seja qual for o nome ou etiqueta com que se apresenta”.³⁰⁶ ZAFFARONI também afirma que, independente do método de racionalização adotado, as então batizadas medidas de segurança são verdadeiras penas, muito embora sem os limites nem as garantias daquelas, o que fora denunciado através da precisa expressão “embuste das etiquetas”.³⁰⁷

Em verdade, o que ocorre é que, apesar de o discurso jurídico-penal pretender em muitos momentos estabelecer uma desvinculação artificial quanto às institucionalizações dos portadores de sofrimento psíquico, acaba no fundo por submetê-los a “tratamentos/castigos” ainda mais dolorosos e ofensivos à

³⁰⁴ KARAM, Maria Lúcia. Punição do Enfermo Mental e Violação da Dignidade. In: *Verve(...)*, p. 221.

³⁰⁵ QUEIROZ, Paulo. *op. cit.*, p. 454.

³⁰⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 549.

³⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O Inimigo no Direito Penal(...)*, p. 97.

subjetividade.³⁰⁸ O alegado “tratamento” será, frequentemente, uma espécie de sanção em relação à loucura. Assim, progride o disfarce das medidas repressivas, neste caso justificadas pela racionalização terapêutica.³⁰⁹

No fundo, superada a visão formalista objetiva do campo jurídico-penal, que insiste na distinção nominal entre penas e medidas de segurança, é de se reconhecer, ao menos no âmbito das subjetividades, o nítido caráter aflitivo com efeitos dolorosos, deteriorantes e estigmatizantes das medidas de segurança tal qual ocorre com as chamadas “penas criminais”.³¹⁰

Registre-se que o processo criminalizador da loucura, responsável pela exclusão dos “anormais” do convívio social, está pautado em duas categorias estruturantes, quais sejam, a doença mental e a periculosidade, o que exige nível mínimo de problematização.

2.3.1. A Construção do Significante Doença Mental e seu Uso Higienista Social.

Tobias BARRETO, já no final do século XIX, ao analisar os fundamentos da inimputabilidade psíquica à luz do Código do Império, ainda sob a denominação “loucos de todo o gênero”, denunciava sua imprecisão científica, *in verbis*:

(...) “ainda hoje os alienistas e psychiatras não estão de accôrdo sobre o modo exacto de denominar as moléstias mentaes, determinar o seu conceito e sujeital-as a uma classificação. Cada autor apresenta a sua mraneira de vêr, que pode ser mais ou menos aceitável, mas não é definitiva. No emprego mesmo das palavras já domina a maior diversidade” (...) “A ser sincera, a sciencia deve confessar que ainda não chegou a

³⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 22.

³⁰⁹ CASTEL, Norbert. *A Ordem Psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*(...), p. 38.

³¹⁰ Neste sentido é a lição de BRITO e SOUTO: “Mister reconhecer às medidas de segurança o status de condenação penal, que só se diferencia da pena por aspectos negativos: a ausência de limite máximo e brutal desproporcionalidade entre a sanção e a lesão jurídica causada – desvelando a ideia falaciosa de sanção benévola sob o cunho de tratamento (...) nada justifica racionalmente a diferenciação nominativa entre penas e medidas de segurança: essas nada mais são do que penas de efeitos dolorosos, deteriorantes e estigmatizantes, e assim devem ser chamadas” (BRITO e SOUTO, R. Medidas de Segurança: da criminalização da doença aos limites do poder de punir. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 583.

indicar o termo mais apropriado ao conceito da alienação do espírito, e a formular uma definição, que se adapte a todo o definido”.³¹¹

O conceito de doença mental, segundo Salo de CARVALHO, é “uma construção falha e equivocada que acaba produzindo uma série de efeitos estigmatizantes e que impede formas alternativas de tratamento que envolvam o usuário do sistema de saúde mental”.³¹² Ou, como diria Frayze-Pereira, “a loucura acabou sendo confiscada por uma razão dominadora. E será apenas aos olhos dessa razão que a verdade da loucura será posteriormente apontada como falta, defeito, doença”.³¹³

Não é outro o entendimento de Michel FOUCAULT, ao afirmar que “a doença só tem realidade e valor de doença no interior de uma cultura que a reconhece como tal”,³¹⁴ sendo que “cada cultura formará da doença uma imagem cujo perfil é delineado pelo conjunto das virtualidades antropológicas que ela negligencia ou reprime”.³¹⁵

De modo semelhante, leciona Thomas SZASZ que a função da doença mental é “disfarçar, e assim tornar mais acessível, a amarga pílula dos conflitos morais nas relações humanas”.³¹⁶ Após sustentar que não passa de mera invenção,³¹⁷ ironiza a amplitude do seu “diagnóstico” com exemplos históricos³¹⁸. Aliás, a sua crítica no tocante à tentativa de relacionar crime e

³¹¹ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 48 - 50.

³¹² CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 525.

³¹³ FRAYZE-PEREIRA, João A. *O que é Loucura*. 03 ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 60.

³¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Doença Mental e Psicologia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1998, p. 49.

³¹⁵ Idem, p. 50.

³¹⁶ SZASZ, Thomas Stephen. *Ideologia e Doença Mental: ensaios sobre a desumanização psiquiátrica do homem*. Trad. José Sanz. 02 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980, p. 30.

³¹⁷ SZASZ, Thomas Stephen. *O mito da doença mental: fundamentos de uma teoria da conduta pessoal*. Trad. Irley Franco e Carlos Roberto Oliveira. 02 ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1982, p. 11.

³¹⁸ Confira o seguinte trecho da obra de Thomas Szasz: “Chamamos as pessoas de doentes fisicamente quando o funcionamento de seu corpo viola certas normas anatômicas e fisiológicas; de forma análoga, chamamos de mentalmente insanas as pessoas cuja conduta pessoal viola certas normas éticas, políticas e sociais. Isso explica porque muitas figuras históricas, (...) de Jó a Hitler, têm sido diagnosticadas como sofrendo desta ou daquela doença psiquiátrica” (SZASZ, Thomas Stephen. *O mito da doença mental: fundamentos de uma teoria*

loucura é ainda mais enfática, *in verbis*:

“A mistificação do conceito de doença mental e a sua mistura com o crime agora são úteis para a psiquiatria institucional, assim como a mistificação do conceito de bruxaria e sua mistura com o de envenenamento já foi útil para a Inquisição (...) A doença mental é o conceito nuclear da psiquiatria institucional, assim como o era a heresia para a teologia da Inquisição. O fato tanto da heresia quanto a doença mental serem crimes de pensamento – e não crimes de ato –, ajuda a explicar os métodos asquerosos usados em sua averiguação”.³¹⁹

Não se pode perder de vista que a noção de doença mental assim como a própria intervenção do saber médico no tocante à loucura é historicamente datada e relativamente recente. O início do processo de patologização da loucura, bem como da mudança de perspectiva em relação ao sujeito – antes desarrazoado, agora alienado – é tradicionalmente identificada no saber psiquiátrico do final do século XIX.³²⁰

Aliás, sobre o desenvolvimento da psiquiatria entre os séculos XVIII e XIX, muito importante é a lição de FOUCAULT:

“Se o crime se tornou uma aposta importante para os psiquiatras é porque se tratava menos de um campo a conquistar do que uma modalidade de poder a garantir e a justificar. Se a psiquiatria se tornou tão importante no século XVIII não foi simplesmente porque ela aplicava uma nova racionalidade médica às desordens da mente ou da conduta, foi também porque ela funcionava como uma forma de higiene pública (...) A psiquiatria, na virada entre os séculos XVIII e XIX, conseguiu sua autonomia e se revestiu de tanto prestígio pelo fato de ter podido se inscrever no âmbito de uma medicina concebida como reação aos perigos inerentes ao corpo social (...) A

da conduta pessoal. Trad. Irley Franco e Carlos Roberto Oliveira. 02 ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1982, p. 27).

³¹⁹ SZASZ, Thomas Stephen. *A Fabricação da Loucura*: um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental. Trad. Dante Moreira Leite. 03 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 51. O autor, em trecho mais adiante da obra, afirma que a psiquiatria contemporânea não é outra coisa senão “um progresso notável com relação às superstições e práticas das caças às bruxas”. Enxerga a “psiquiatria institucional” como um saber de continuidade em relação à inquisição. Neste sentido, afirma: “O que mudou foi apenas o vocabulário e o estilo social. O vocabulário se ajusta às expectativas intelectuais de nossa época: é um jargão pseudocientífico que parodia os conceitos de ciência. O estilo social se ajusta às expectativas políticas de nossa época” (SZASZ, Thomas Stephen. *A Fabricação da Loucura*: um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental. Trad. Dante Moreira Leite. 03 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 56).

³²⁰ IBRAHIM, Elza. *Manicômio Judiciário*: da memória interrompida ao silêncio da loucura(...), p. 39.

psiquiatria do século XIX, pelo menos tanto quanto uma medicina da alma individual foi uma medicina do corpo coletivo”.³²¹

De fato, no contexto burguês oitocentista,³²² período de grande prestígio do saber psiquiátrico, há no seu processo de institucionalização, mais do que uma instância médica, nítido viés higienista social. Acompanhe:

“A psiquiatria não funciona – no início do século XIX e até tarde no século XIX, talvez até meados do século XIX – como uma especialização do saber ou da teoria médica, mas antes como um ramo especializado da higiene pública. Antes de ser uma especialidade da medicina, a psiquiatria se institucionalizou como domínio particular de proteção social, contra todos os perigos que o fato da doença, ou de tudo o que se possa assimilar direta ou indiretamente à doença, pode acarretar à sociedade. Foi como precaução social, foi como higiene do corpo social inteiro que a psiquiatria se institucionalizou”.³²³

Trata-se de um tipo de conhecimento “científico” que permite a contínua e sistemática distorção da realidade social. Assim como as grandes religiões do passado faziam nas sociedades tradicionais, passa a “ciência” a operar nas sociedades contemporâneas para a legitimação da dominação social.³²⁴

Segundo destaca Elza IBRAHIM, à luz da teoria foucaultiana, toda essa engrenagem psiquiátrica é amparada por jogos de saber/poder produzidos por uma discutível cientificidade, que pretendem provar a existência incrustada de um estado de ‘periculosidade’ inscrito no paciente inimputável bem como, sob um discurso de verdade, pressupor o que é normal e o que é patológico. São convicções institucionalizadas, fruto das amarras do direito e da psicologia positivista, que estabelecem certas categorias úteis ao domínio social com

³²¹ FOUCAULT, Michel. A evolução da noção de “indivíduo perigoso” na psiquiatria legal do século XIX. In: FOUCAULT, Michel. *Ética, Sexualidade e Política. Coleção Ditos & Escritos*. vol. V. Org. Manoel Barros da Motta. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 9-10.

³²² Sobre o desafio da loucura à época da nascente burguesia, afirma Norbert Castel: “A loucura colocou um desafio à sociedade nascida nas convulsões da queda do Antigo Regime. E a sociedade o aceitou porque estava em jogo a credibilidade de seus princípios e do equilíbrio de seus poderes. Negócios burgueses e sérios de ordem, de justiça, de administração, de finanças, de disciplina, de polícia e de governo, nos quais o *patos* da loucura seria propriamente deslocado” (CASTEL, Norbert. *A Ordem Psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*(...), p. 22).

³²³ FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 100 - 101.

³²⁴ SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira*(...), p. 12.

aparência de certeza. A partir das práticas de poder e de certos jogos de verdade que o sujeito é constituído por essa instância “científica”/social como louco, sem razão, doente ou normal, a depender de quem assim o rotula.³²⁵ Mesmo porque, como diria FOUCAULT, “o essencial em uma condenação não reside na qualidade das provas, mas na força daquele que a pronuncia”.³²⁶

É justamente essa força do saber especializado, neste caso absolutamente comprometido com determinado tipo de ordem social, que vai orientar a produção das “verdades científicas” em torno da doença mental e, assim, propiciar o seu uso disciplinador quanto às “populações de risco” ao padrão geral de normalidade burguês.

Pode-se dizer, com Virgílio de MATTOS, que “não é o capitalismo que ‘inventa’ a doença mental”; “ele apenas a organiza, tenta transformá-la em mercadoria – e consegue”.³²⁷ De fato, “na modernidade, a doença mental, o dissenso e o baixo rendimento passam a significar a mesma coisa e a produzir o mesmo efeito: exclusão”.³²⁸

Registre-se, em tempo, que o espaço sempre reduzido para a exposição dos temas desta pesquisa não permitiu um resgate histórico aprofundado sobre a construção do significante “doença mental”, porém espera-se que as referências acima colacionadas, principalmente de base foucaultiana e de viés antipsiquiátrico, tenham sido suficientes para demonstrar ou, pelo menos, apontar as inconsistências estruturais e o uso político-social higienista dessa categoria fundamental na disciplina das medidas de segurança.

2.3.2. *O Fundamento (Mítico) da Periculosidade enquanto Prognóstico Delitivo.*

A medida de segurança é apresentada, inclusive em face da etimologia dos

³²⁵ IBRAHIM, Elza. *Manicômio Judiciário: da memória interrompida ao silêncio da loucura(...)*, p. 96 – 97.

³²⁶ FOUCAULT, Michel. *Precisões sobre o Poder. Respostas a certas Críticas*. In: FOUCAULT, Michel. *Estratégia, Poder-Saber. Coleção Ditos & Escritos*. vol. IV. Org. Manoel Barros da Motta. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 273.

³²⁷ MATTOS, Virgílio de. *Crime e Psiquiatria(...)*, p. 51.

³²⁸ MATTOS, Virgílio de. *Crime e Psiquiatria(...)*, p. 51.

significantes, como providência para enfrentamento ou superação do perigo. A propaganda é de meio ou cautela social para cuidado da periculosidade individual.³²⁹

O termo “periculosidade”, por sua vez, é definido pelos dicionários de língua portuguesa como “estado ou qualidade de perigoso”,³³⁰ ou então, no âmbito jurídico, como a “propensão de alguém para o mal, revelada por seus atos anteriores, ou conjunto de circunstâncias que indicam a possibilidade da prática de um crime”.³³¹

A periculosidade ou perigosidade pressupõe, genericamente, “um risco representado por uma circunstância que prenuncia um mal para alguém, ou para alguma coisa, resultando ameaça, medo ou temor à sociedade”.³³²

Segundo BITENCOURT, periculosidade ou perigosidade poderiam ser definidas no contexto jurídico-penal como “estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade” e “juízo de probabilidade – tendo por base a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente – de que este voltará a delinquir”.³³³ Ou, conforme as lições de Álvaro Mayrink da COSTA, em “juízo lógico de probabilidade pós-delitual, tornando-se necessário determinar o grau que esta ocupa no plano de dar condições favoráveis à produção de novo injusto penal”.³³⁴

Parece mesmo haver certa concordância naturalizada no campo doutrinário majoritário quanto ao fato de o juízo de periculosidade implicar verdadeiro “cálculo de probabilidade”, *in verbis*:

³²⁹ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), p. 87: “A palavra *medida* é empregada no sentido de *meio*, *cautela*, *providência*. *Segurança* (do latim *securantia*), etimologicamente, exprime a efetiva carência do perigo, porque não existe ou porque estão removidas as suas causas (*se*, partícula privativa, e *cura*, cuidado; o que dispensa cuidado)”.

³³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 04 ed. Curitiba: Positivo, 2009, p. 1538.

³³¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 01 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1473.

³³² FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*(...), p. 153.

³³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 840.

³³⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Medida de Segurança*. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*(...), p. 29.

“sua aferição implica juízo naturalístico, cálculo de probabilidade, que se desdobra em dois momentos distintos: o primeiro consiste na comprovação da qualidade sintomática de perigoso (diagnóstico da periculosidade) e o segundo, na comprovação da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do agente (prognose criminal)”.³³⁵

Historicamente, a periculosidade ora tratada assumiu duas feições diferentes: social ou criminal. A primeira verificava-se independentemente da prática de fato típico-ilícito penalmente enquanto que a segunda o tinha como pressuposto. A primeira acepção pode ser encontrada em diversos escritos da escola positiva italiana sobre temibilidade e responsabilidade legal ou social, de maneira que sustentada a imposição de medidas reativas a todos aqueles que fossem considerados perigosos à sociedade.³³⁶

Conforme BUSATO, as medidas de segurança foram introduzidas pelo positivismo no processo de reformulação do conceito de periculosidade e segundo perspectiva social, isto é, a periculosidade social do sujeito, tendo por fim a sua correção. A finalidade última, portanto, seria a reabilitação social do indivíduo perigoso mesmo que ele não tivesse cometido delito algum, “bastando simplesmente a demonstração da evidência da probabilidade de comissão futura”.³³⁷

Ao dissertar sobre a periculosidade social, Reale FERRARI anota:

“Conceituada como social, a perigosidade consiste na mera possibilidade de que um sujeito venha a cometer fatos socialmente danosos à coletividade, colocando em risco a tranquilidade pública. Consistindo num espelho sintomático à personalidade perigosa do autor, fulcra-se num temerário conceito de danosidade social, conduzindo à restrição da liberdade dos indivíduos, não efetivamente perigosos (sic)”.³³⁸

Não é difícil perceber que, diante da fluidez do conceito de periculosidade social e da sua virtualidade quanto a acontecimentos futuros, era utilizado principalmente em relação aos grupos marginalizados da sociedade como mendigos, prostitutas, “ébrio habitual”, “toxicômanos”, loucos e outros tantos

³³⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*(...), p. 603.

³³⁶ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), p. 80.

³³⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 01 ed. São Paulo: Atlas, 2013, 849.

³³⁸ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*(...), p. 154.

estigmatizados. Todo aquele tipo de “gente estranha” ou “povo anormal” que se revela desinteressante ao consumo e, portanto, excluído pelo regime social imposto pelo capital. No fundo, “tudo o que não presta”: não presta para o sistema de produção e reprodução do consumo, nas palavras de Marcia TIBURI.³³⁹ Se não presta, óbvio que socialmente perigoso.

Trata-se, portanto, de sanção pela mera posição social, supostamente justificada por potencialidades danosas e riscos à ordem pública, sempre tendo por objeto certos tipos de autor. Enfim, uma periculosidade estabelecida em relação aos indesejáveis socialmente; por evidente, assim rotulados pela minoria hegemônica de ocasião conforme uma tipologia classificatória nitidamente desigual e discriminatória. Algo como uma seleção naturalizada pelo capital travestida de periculosidade social.

É bem verdade que essa categoria fora abandonada no atual regime “democrático”³⁴⁰ das medidas de segurança. Não se fala mais em periculosidade exclusivamente social, mas em periculosidade criminal. A exclusão social, no entanto, permanece inalterada.

Segundo FERRARI, a periculosidade criminal, em um Estado Democrático de Direito, deveria ser entendida como “a probabilidade – e não mera possibilidade – de o agente vir a cometer novos fatos ilícitos-típicos”. Na sua visão não bastaria para a incidência da medida de segurança penal apenas a prática de um anterior ilícito-típico ou de qualquer perigosidade, exigindo-se probabilidade de reiteração criminal.³⁴¹

Nesse contexto de superação (formal) da periculosidade social e consagração da periculosidade criminal, alguns autores preferem ainda a terminologia “pós-delitiva” ou “pós-delinquencial” para indicar a vedação quanto

³³⁹ TIBURI, Márcia. *Filosofia Prática: ética, vida cotidiana, vida virtual*. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 42.

³⁴⁰ O uso do significante “democrático” é aqui invocado naquela perspectiva de “palavra mágica” referida por Marcia TIBURI, isto é, como “dogmas que revelam pretensas verdades e estigmas que afastam supostas mentiras” no plano discursivo da ordem capitalista (TIBURI, Márcia. *Filosofia Prática: ética, vida cotidiana, vida virtual*. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 55 - 56).

³⁴¹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito(...)*, p.156.

ao uso de medidas de segurança anteriores ao crime.³⁴²

BUSATO também fala em periculosidade criminal, contudo numa perspectiva diversa de FERRARI, uma vez que se refere mais à ideia de cura individual do que o viés protetivo coletivo diante de suposto risco de reiteração. Acompanhe:

“passou-se a exigir a vinculação mais estreita a uma prática delitiva, como forma de garantir uma referência ao passado e uma determinação de prognose de periculosidade, já não fundada em evitar novos crimes, mas como forma de tratamento da periculosidade”.³⁴³

Apesar da mudança de nome e de uma formulação teórica diversa, a periculosidade criminal será sempre social se considerarmos o papel desenvolvido pelo direito, em particular pelo direito penal, na reprodução das relações sociais, “especialmente na circunscrição e marginalização de uma população criminosa recrutada nos setores socialmente mais débeis do proletariado”.³⁴⁴

A doutrina sustenta, ainda, que duas são as espécies de periculosidade na legislação penal brasileira: a) presumida – é aquela que decorre da própria lei quanto ao sujeito inimputável, nos termos do artigo 26, *caput*, do Código Penal; b) real ou judicial – verificada pelo juiz em relação aos semi-imputáveis que necessitem de especial tratamento curativo, nos moldes dos artigos 26, parágrafo único, e 98, ambos do Código Penal.³⁴⁵

O que deve ficar claro, no entanto, para além dessas classificações dogmáticas da periculosidade, é a sua capacidade de naturalizar associações entre

³⁴² Em verdade, alguns autores ainda fazem referência à “periculosidade social”, mas não sob o viés clássico segundo o qual a medida de segurança tinha função pré-delitiva. Álvaro Mayrink, por exemplo, vai afirmar que “a aplicação da medida de segurança possui como fundamento a periculosidade social do autor do injusto penal”; logo, medida pós-delitiva com natureza de sanção penal (COSTA, Álvaro Mayrink da. *Medida de Segurança. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*(...), p. 21.).

³⁴³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 01 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 854.

³⁴⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*(...), p. 179.

³⁴⁵ “O autor do injusto penal deve apresentar periculosidade presumida, por força de sua imputabilidade, ou judicial, reconhecida pelo juiz penal, quando se trata de semi-imputável que necessitar de especial tratamento curativo” (COSTA, Álvaro Mayrink da. *Medida de Segurança. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*(...), p. 21.).

“anormal desviante” e “perigo social”, impondo uma exclusão seletiva em nome de tratamento. Não passa de um juízo indiciário de probabilidade a partir de leituras sobre o histórico do sujeito e formulações, ou melhor, “revelações” em torno de sua conduta antissocial, tendo como pano de fundo uma ordem coletiva inquestionável à qual teria o indivíduo que se adaptar para não ser dela excluído.³⁴⁶ Justamente esse regime de pensamento autoritário³⁴⁷, completamente impregnado na consciência popular e no “senso comum teórico dos juristas”³⁴⁸, que deve ser a todo momento denunciado ao menos por aqueles que adotam uma perspectiva crítico-libertária.

Aliás, sobre a fragilidade do próprio substrato teórico da periculosidade e seu uso político dominador, imperioso reconhecer que

“não há evidências científicas na literatura internacional que sustentem a periculosidade de um indivíduo como uma condição vinculada à classificação psiquiátrica para o sofrimento mental. Periculosidade é um dispositivo de poder e de controle dos indivíduos, um conceito em permanente disputa entre os saberes penais e psiquiátricos”.³⁴⁹

Neste mesmo diapasão, a crítica de COHEN e FIGARO a respeito das avaliações sobre a periculosidade criminal:

“(...) devemos mencionar que os critérios de avaliação da periculosidade são sempre questionáveis, pois eles são subjetivos e não há uma metodologia adequada para a avaliação. A história pregressa do indivíduo acaba por ser um valor estigmatizante em seu comportamento, com pouca chance de um estudo de sua capacidade de reabilitação

³⁴⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do Duplo Binário: vida e morte. In: *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 32, jul./dez., 1981, Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, p.

³⁴⁷ Segundo Marcia TIBURI, “o autoritarismo é um modo de exercer o poder, mas é também um ideário, uma mentalidade. E, mais ainda, é uma espécie de regime de pensamento. O autoritarismo é um regime de pensamento que afeta o conhecimento. Ele se instaura em termos ético-políticos, mas também estéticos. Isso quer dizer, no âmbito da formação pessoal, das relações sociais, mas também de um modo de vida elaborado em termos de um estilo de viver destrutivo e acobertador de sua destruição” (TIBURI, Márcia. *Filosofia Prática: ética, vida cotidiana, vida virtual*. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 39).

³⁴⁸ WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis: UFSC, n. 5, p. 48 - 57, jun. 1982.

³⁴⁹ DINIZ, Debora. *op. cit.*, pp. 15, 16.

em um ambiente que é, muitas vezes, agressivo pela sua própria característica de instituição que recebe pessoas consideradas como perigosas”.³⁵⁰

Vale, ainda, o registro de ZAFFARONI sobre as incongruências do juízo futurístico de periculosidade:

“ninguém pode prever exatamente o que algum de nós – nem sequer nós mesmos – fará no futuro” (...) “a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considera-lo como tal” (...) “dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de quem exerce o poder”.³⁵¹

Em verdade, a periculosidade – típica do positivismo criminológico e marcada pelo primado da defesa social – apenas revela um processo de criminalização da doença mental. A doença promove a rotulação do sujeito como perigoso que, por sua vez, apresenta-se como fator criminógeno. Logo, o que deveria ser causa para a exclusão do controle penal, torna-se (ilegítimo) motivo de intervenção.³⁵²

A medida de segurança é vendida em nome da defesa social contra uma suposta personalidade perigosa que eventualmente coloque em risco a paz coletiva. Veja a lição de Álvaro Mayrink da COSTA:

“A legitimação da medida de segurança decorre de sua finalidade global de defesa social, isto é, de presunção de injustos penais futuros por ato de autor perigoso, pois já cometera injusto penal de natureza grave, inaceitável nos limites da paz social, afastada qualquer hipótese da violação do princípio da dignidade humana”.³⁵³

No entanto, segundo KARAM,

³⁵⁰ COHEN, Cláudio; FIGARO, Claudia Jorge. Crimes relativos ao abuso sexual. In: _____; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco (Coord.) *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, p. 149-169, 1996.

³⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*(...), p. 25.

³⁵² SOUTO, Ronya Soares de Brito e. Medidas de Segurança: da criminalização da doença aos limites do poder de punir. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 585.

³⁵³ COSTA, Álvaro Mayrink da. Medida de Segurança. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*(...), p. 19.

“a ideia de ‘periculosidade’ não se traduz por qualquer dado objetivo, ninguém podendo, concretamente, demonstrar que A ou B, psiquicamente capaz ou incapaz, vá ou não realizar uma conduta ilícita no futuro. Já por isto, tal ideia se mostra incompatível com a precisão que o princípio da legalidade, constitucionalmente expresso, exige de qualquer conceito normativo, especialmente em matéria penal. A ‘periculosidade’ do inimputável é uma presunção, que não passa de uma ficção, baseada no preconceito que identifica o ‘louco’ – ou quem quer que apareça como diferente – como ‘perigoso’”.³⁵⁴

É forçoso reconhecer a periculosidade como “sendo fruto muito mais de um preconceito oracular sobre o futuro comportamento problemático (‘desviante’, ‘criminoso’) do cidadão problemático (seja criança, adolescente, adulto ou idoso) do que propriamente uma situação concreta”.³⁵⁵

Trata-se de conceito vago e indeterminado, destituído de métodos concretos de aferição, operado conforme procedimento médico/judicial intuitivo com critérios de evidente irracionalismo³⁵⁶, ligado a “certo exercício de futurologia pseudocientífica”³⁵⁷, e de flagrante uso político.

É possível falar, ainda, juntamente com FOUCAULT, que esse tipo de exame psiquiátrico implica em deslocamento da realidade do ato criminoso para um nível psicológico-ético do delito, sempre conforme um código moral coletivo.³⁵⁸ Ademais, gozando de ampla credibilidade diante do corpo judiciário,

³⁵⁴ KARAM, Maria Lúcia. *op. cit.*, p. 217.

³⁵⁵ MATTOS, Virgílio de. *Crime e Psiquiatria*(...), p. 176.

³⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do Duplo Binário: vida e morte. In: *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 32, jul./dez., 1981, Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, p. 17.

³⁵⁷ RAUTER, Cristina. Manicômios, prisões, reformas e neoliberalismo. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 71-76, 1997.

³⁵⁸ É a lição de FOUCAULT: “Primeiro, repetir tautologicamente a infração para inscrevê-la e constituí-la como traço individual. O exame permite passar do ato à conduta, do delito à maneira de ser, e de fazer a maneira de ser se mostrar como não sendo outra coisa que o próprio delito, mas, de certo modo, no estado de generalidade na conduta de um indivíduo. Em segundo lugar, essas séries de noções têm por fundamento deslocar o nível de realidade da infração, pois o que essas condutas infringem não é a lei, porque nenhuma lei impede ninguém de ter um orgulho pervertido, e não há medidas legais contra o erostratismo. Mas, se não é lei que essas condutas infringem, é o quê? Aquilo contra o que elas aparecem, aquilo em relação ao que elas aparecem, é um nível de desenvolvimento ótimo: ‘imaturidade psicológica’, ‘personalidade pouco estruturada’, ‘profundo desequilíbrio’. É igualmente um critério de realidade: ‘má apreciação do real’. São qualificações morais, isto é, a modéstia, a fidelidade. São também regras éticas. Em suma, o exame psiquiátrico permite constituir um duplo psicológico-ético do delito. Isto é, deslegalizar a infração tal como é formulada pelo código” (FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 15).

uma vez que recebido com ares de ciência e, portanto, de verdade, apenas reforça o caráter de exploração classista do sistema penal por meio de procedimentos técnicos de dominação que pretendem disfarçar seu caráter político-ideológico.³⁵⁹

Desta forma, o controle punitivo se estende da prevenção às reabilitações, dando conta dos seres humanos “recuperáveis” e tratando de neutralizar os considerados “irrecuperáveis”. Mesmo porque, na lógica do positivismo criminológico, a humanidade resta dividida entre normais e anormais, passando tanto a loucura quanto o crime a serem alvos de “terapêuticas sociais”.³⁶⁰

A ideologia do tratamento, originária do século XIX e ainda presente no sistema de justiça criminal brasileiro, ao mesmo tempo em que anuncia um suposto dever estatal de custódia e terapia em relação aos inimputáveis, promove com os manicômios o seu efeito real: “exclusão física que duplica no plano do concreto a exclusão simbólica do universo da cidadania”.³⁶¹

O que se tem, no fundo, é uma medida de tomada ou domínio do sujeito, e não do ato, a fim de estabelecer e assegurar determinada ordem, certa lei, um espaço de poder.³⁶² Vale sublinhar que a própria constituição do saber médico e a sua condição de cura permanente – operação terapêutica por meio da qual alguém

³⁵⁹ Confira, neste sentido, a combativa denúncia de Cristina RAUTER: “Este tipo de avaliação do condenado goza, portanto, de elevado grau de credibilidade junto à Justiça, trazendo efeitos concretos sobre o seu destino. Não se pergunta o Judiciário sobre as razões que justificam tão elevado prestígio: a engrenagem da repressão utiliza as técnicas psicológicas como uma peça a mais em sua maquinaria. Aqui, convém recordarmos que a função primordial do Judiciário é a de assegurar o domínio e a exploração de uma classe sobre a outra. Mas, para que esse estado de coisas se perpetue, não se vale a engrenagem estatal somente de seus meios claramente repressivos e violentos, mas também de procedimentos técnicos aparentemente mais humanos e modernos, que constituem apenas estratégias diversas de dominação (...) O sistema repressivo pode, assim, travestir-se de uma roupagem científica, disfarçando até certo ponto seu papel político-ideológico e modernizando seus métodos” (RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 84-85).

³⁶⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 42.

³⁶¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. Medida de Segurança. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*(...), pp. 27, 32.

³⁶² DIRIA FOUCAULT: “(...) no interior desse cenário, claro, reina a ordem, reina a lei, reina o poder (...) simplesmente uma ordem, no sentido simples de uma regulação perpétua, permanente, dos tempos, das atividades, dos gestos; uma ordem que envolve os corpos, que os penetra, que os trabalha, que se aplica à superfície deles, mas que também se imprime até mesmo nos nervos (...) uma ordem, portanto, pela qual os corpos não são mais do que superfícies a atravessar e volumes a trabalhar, uma ordem que é como uma grande nervura de prescrições, de sorte que os corpos sejam mais parasitados e atravessados pela ordem” (FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico*(...), p. 4).

considerado doente deixa de sê-lo – constituem-se como elementos indispensáveis para a manutenção dessa “ordem disciplinar” dotada de um “poder ilimitado”.³⁶³

Desenvolve-se, no entorno da noção de periculosidade, uma ampla teia de relações envolvendo saberes e práticas que acabam por atuar no sentido da formação de determinadas subjetividades, a saber, o sujeito perigoso. E, com isso, legitimar a sua negação social através daquilo que assume o lugar de única saída possível: o dispositivo do internamento.³⁶⁴ Segundo ZAFFARONI, toda vez que um ser humano é transformado em algo meramente perigoso e, portanto, objeto de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos lhe sejam formalmente reconhecidos.³⁶⁵

“A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são *perigosos* e só por isso devem ser segregados ou eliminados, *coisificou-os* sem dizê-lo, e com isso deixou de considera-los *pessoas*, ocultando esse fato com racionalizações”.³⁶⁶

A invenção, no final do século XIX, da periculosidade criminal e de sua resposta – as medidas de segurança –, pode ser vista como “a melhor demonstração de que, para os medos burgueses, existe crime além da lei”.³⁶⁷

De fato, a manutenção da ordem burguesa industrial reclamava novas estratégias de contenção de riscos em face dos milhares de loucos, mendigos, vagabundos e menores abandonados, além dos milhões de indigentes do período revolucionário; problemas sociais agudos que permaneciam sem solução legal.³⁶⁸ Nada, aliás, muito diferente do que ocorre com o atual sistema penal capitalista.

No capitalismo da barbárie, com a transformação do Estado Previdenciário em Estado Penal, as medidas de intensificação do controle social

³⁶³ FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico*(...), p. 5.

³⁶⁴ IBRAHIM, Elza. *Manicômio Judiciário: da memória interrompida ao silêncio da loucura*(...), p. 58-59.

³⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 18.

³⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*(...), p. 18.

³⁶⁷ BATISTA, Nilo. Um importante estudo para tempos sombrios. In: *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*. n. 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996, p. 302.

³⁶⁸ CASTEL, Norbert. *A Ordem Psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*(...), p. 21.

ganham cada vez mais espaço, inclusive com novos dispositivos lombrosianos para detecção, registro e contenção dos menores sinais de mau comportamento daqueles sujeitos perigosos que possam colocar em risco esse nosso admirável mundo novo.³⁶⁹

³⁶⁹ BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: MATTOS, Virgílio de. *Crime e Psiquiatria(...)*, p. 12-13.

CAPÍTULO 3

A (DES) CAUTELARIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

A periculosidade não funda somente o regime das medidas de segurança, as quais estariam formalmente restritas, no atual ordenamento jurídico brasileiro, aos casos de inimputabilidade clínica ou psíquica, uma vez superado o modelo duplo binário desde a reforma da parte geral do Código Penal em 1984. Também as medidas “provisórias” de privação da liberdade com base processual penal são orientadas pela categoria criminológica positivista da periculosidade na sua relação funcional com o escopo de defesa social.

No campo processual, entretanto, o disfarce surge por intermédio do discurso de cautelaridade, forte nas prisões preventivas para a chamada “garantia da ordem pública”, conforme veremos a seguir. No fundo, as declarações oficiais apenas estão a esconder as finalidades reais de controle social dos grupos marginalizados, sempre rotulados como perigosos. Tanto aqui quanto acolá, nada muda, senão as velhas formulações do corpo jurídico.

3.1. Breves Notas sobre a Tutela Cautelar no Processo Civil Brasileiro e sua Influência no Campo Processual Penal

Em sede preliminar, imperioso esclarecer a razão de se inserir um tópico específico, ainda que breve, sobre apontamentos da tutela cautelar no direito processual civil quando a vertente pesquisa diz respeito ao âmbito dos saberes criminais.

Registre-se, de antemão, que o motivo nada tem a ver com qualquer iniciativa de promoção de uma “ciência processual integrada”, que fosse capaz de reunir dogmática processual civil e penal, tampouco pretende estimular

abordagens na linha de uma suposta “teoria geral do processo” – cujas críticas a respeito de sua existência são bastante oportunas e conhecidas.³⁷⁰

A intenção, pelo contrário, é a de demarcar certas questões fundamentais sobre a constituição teórica em torno da cautelaridade processual ou procedimental brasileira, a fim de instruir posterior análise de importações indevidas de categorias dogmáticas ou até mesmo de bases epistemológicas da seara processual civil ao campo do processo penal.

De antemão, imperioso citar os estudos do jurista italiano Piero CALAMANDREI a respeito dos chamados “*provvedimenti cautelari*”, que tiveram notória e decisiva influência não apenas no Código de Processo Civil italiano de 1942, mas também na doutrina brasileira e no Código de Processo Civil brasileiro de 1973.³⁷¹

A sua obra, publicada em 1936, intitulada “*Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*”,³⁷² tornou-se referência neste assunto. CALAMANDREI teria se inspirado nas lições de Giuseppe CHIOVENDA e Francesco CARNELUTTI para a formulação de sua teoria cautelar, com grande repercussão em solo brasileiro, especialmente no “Código Buzaid”.³⁷³ Diz-se que a sua influência entre nós deveu-se em grande medida pela participação fundamental de Enrico Tullio LIEBMAN – leitor atento de CALAMANDREI – na elaboração do CPC de 1973.³⁷⁴

³⁷⁰ Nesse sentido: CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*(...), pp. 63 – 65; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 119; DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. 03 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. xvii; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 91 – 94; MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para Um Processo Penal Democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 64; TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

³⁷¹ TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela Cautelar e Antecipação de Tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

³⁷² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

³⁷³ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.30.

³⁷⁴ TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela Cautelar e Antecipação de Tutela: perigo de dano e perigo de demora*(...), p. 40. A propósito da influência do processualismo italiano no Brasil, em especial de Liebman junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, testifica a própria história da chamada “teoria geral do processo” e da sua geração de novos

A Exposição de Motivos da Lei n. 5.869/1973, em seu item 7, ao justificar a disciplina conferida ao Livro III do Código, o qual versava sobre o chamado “processo cautelar”, fazia expressa referência às obras de CALAMANDREI, CARNELUTTI e LIEBMAN, figurando como “prova” documental histórica do prestígio desses autores estrangeiros em nossa legislação processual.³⁷⁵

Segundo MUNHOZ DA CUNHA, a estrutura teórica sobre cautelaridade delineada por CALAMANDREI, CARNELUTTI e LIEBMAN, recepcionada com todo vigor pelo Código de Processo Civil de 1973, já podia ser percebida sob a forma de esboço no Código de 1939.³⁷⁶

Vale, neste particular, o registro técnico quanto à opção de CALAMANDREI pela categoria “*provvedimento cautelare*” ao invés de “*azione cautelare*”. TESSER afirma que a escolha remete às lições de CHIOVENDA, segundo a ideia de ação cautelar (“*azione assicurativa*”) como hipótese específica de “ação sem direito” ou “mera ação”, em razão de sua existência sem a correspondência de um direito subjetivo.³⁷⁷

Sobre o tema, PISANI explica que, já em 1906, com a primeira edição da obra “*Principii di Diritto Processuale Civile*”,³⁷⁸ CHIOVENDA enunciava o conceito de ação meramente cautelar.³⁷⁹ Entendia que o poder jurídico de se obter essas “medidas assecuratórias” era, por si, uma forma de ação, e não acessório do direito acautelado, já que existiria enquanto poder atual mesmo quando não se soubesse se o direito cautelado estaria presente.³⁸⁰ Qualificava-a,

processualistas brasileiros à época como a professora Ada Pellegrini Grinover (DUCLERC, Elmir. *Por Uma Teoria do Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 12).

³⁷⁵ BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973). In: *Código de Processo Civil: histórico da lei*. v.1. t. 1. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974, pp. 14, 15.

³⁷⁶ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A Lide Cautelar no Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 45.

³⁷⁷ TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela Cautelar e Antecipação de Tutela: perigo de dano e perigo de demora(...)*, p. 42.

³⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. 1ed. Napoli: Nicola Jovene, 1906.

³⁷⁹ PISANI, Andrea Porto. Chiovenda e La Tutela Cautelare. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 43, 1988, pp. 17, 18.

³⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v.1. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 273.

portanto, de “pura ação”.³⁸¹ Importante sublinhar que para CHIOVENDA o direito ao provimento cautelar era um direito do Estado, fundado na necessidade geral de proteção do direito.³⁸²

Justamente a partir desta linha que CALAMANDREI sustentará a natureza processual dos provimentos cautelares e os distinguirá de outras formas de provimentos jurisdicionais.³⁸³ A sua concepção fica ainda mais clara quando destaca o carácter instrumental do provimento cautelar. Ou seja, a noção de que não se trata de um fim em si mesmo, mas de instrumento a serviço de um provimento definitivo.³⁸⁴ É justamente aqui que surge a clássica ideia da instrumentalidade cautelar como instrumentalidade qualificada ou elevada ao quadrado. Em suma, do provimento cautelar como instrumento do instrumento.³⁸⁵

Também nesse contexto que CALAMANDREI estabelecerá a relação entre a finalidade cautelar instrumental de proteção da jurisdição e a própria noção de “polícia judiciária”. Segundo o autor, o significante “polícia judiciária” pareceria bem adequado à esfera da cautelaridade, já que a matéria dos provimentos cautelares constituiria uma zona de extremo limite entre as funções jurisdicionais e aquela administrativa de polícia.³⁸⁶

O discurso de instrumentalidade a serviço da tutela jurisdicional, isto é, de proteção do correto funcionamento do sistema de justiça do Estado para além de qualquer interesse particular ou individual não fica restrito ao processo civil. A cautelaridade também no processo penal é explicada por alguns autores a partir

³⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*(...), p. 28.

³⁸² Nas palavras de CHIOVENDA: “il diritto al provvedimento cautelare è un diritto dello Stato, fondato sulle necessità generali della tutela del diritto” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. 4 ed. Napoli: Nicola Jovene, 1928, p.16).

³⁸³ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*(...), p. 140.

³⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*(...), p. 21.

³⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*(...), pp. 21, 22.

³⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*(...), pp. 143, 144.

desse viés eminentemente publicista, segundo critérios de “risco”³⁸⁷ ou comprometimento à “seriedade da atuação jurisdicional”, bem como probabilidade de afetação da “eficácia” ou da “utilidade” do processo.

Veja a noção de cautelaridade no magistério de GOMES FILHO:

“O processo é atividade que reclama necessariamente um desenvolvimento temporal. (...) Isso exige tempo e também traz o risco de que, no momento final da decisão, o estado das coisas tenha sofrido alterações substanciais capazes de tornar absolutamente ineficaz a intervenção estatal para a solução do conflito. Por isso, a técnica processual serve-se das medidas cautelares como instrumentos para superar esse risco inerente à estrutura processual”.³⁸⁸

Bastante semelhante é o escólio de SCARANCE FERNANDES:

“No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Há, então, a necessidade de medidas cautelares, que eliminem ou amenizem esse perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte e não realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa”.³⁸⁹

As lições de FREDERICO MARQUES também são no sentido de que as “providências cautelares” destinam-se a “impedir que o desenrolar demorado do processo, com os trâmites do *iter* procedimental que a lei traça previamente, possa tornar inócua a prestação jurisdicional”.³⁹⁰

³⁸⁷ A própria medida de segurança tem sua origem clássica na ideia de risco; um risco social diante de uma periculosidade individual. Exatamente a mesma lógica positivista que inspira, com algumas adaptações, a prisão cautelar. Confira, neste sentido, a dissertação de Ataliba NOGUEIRA sobre o tema: “a medida de segurança é uma providência do poder político para evitar que determinada pessoa, que cometeu crime, e se revele perigosa, venha a reincidir. Mediante a aludida cautela, o Estado ficará tranquilo, quanto a este fundado receio, pois é afastado o risco, com a redução da pessoa perigosa ao estado de não poder fazer mal” (NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), p. 87).

³⁸⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. In: FERNANDES, Og (Coord). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. Antônio Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 16.

³⁸⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 07 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 285.

³⁹⁰ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 11.

Aliás, GOMES FILHO deixa explícita a sua posição de que essa “técnica de cautelaridade” teria inteira aplicação ao processo penal, pois também neste surgiriam com frequência situações que tornariam “imperiosas medidas urgentes”.³⁹¹ Isso sem falar no apelo às cautelares como método indispensável para uma “administração eficiente da Justiça Penal”.³⁹²

Trata-se, portanto, de nítida interferência da doutrina processual civilista na teoria cautelar penal. O que se percebe, sem muita dificuldade, a partir dos tradicionais manuais de processo penal, é uma identificação com a base dogmática utilizada pelo processo civil. Não seria exagero dizer que ambas beberam na mesma fonte. As construções giram em torno da necessidade de superação do risco ou do perigo da demora processual, além de questões sobre a efetividade do sistema de justiça. Costumam atribuir realce à prevenção como elemento específico da “função cautelar”, na mesma linha do CPC de 1973.³⁹³

Não custa lembrar que CHIOVENDA, ao tratar das medidas especiais determinadas pelo perigo ou pela urgência, também ressaltava esse caráter instrumental,³⁹⁴ além de prever, embora sem nota de essencialidade,³⁹⁵ certa finalidade cautelar de evitar os riscos que a mora processual de cognição ou execução pudesse causar ao autor.³⁹⁶

CARNELUTTI, em seus trabalhos iniciais sobre a “função cautelar”, atribuía-lhe escopo de prevenção para organizar ou disciplinar uma “*sistemazione*

³⁹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. In: FERNANDES, Og (Coord). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*(...), p. 17.

³⁹² SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 1.

³⁹³ Alfredo Buzaid, no item 11 da Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Civil, deixa claro, ao tratar do “processo cautelar”, que “seu elemento específico é a prevenção”, valendo-se da doutrina de Zamora y Castillo (BUZOID, Alfredo. Exposição de Motivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973). In: *Código de Processo Civil: histórico da lei*. v.1. t. 1. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974, p. 17.

³⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. v. I. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, p. 235.

³⁹⁵ PISANI, Andrea Porto. Chiovenda e La Tutela Cautelare. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 43, 1988, p. 28.

³⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*(...), p. 273.

provvisoria” dos fatos da lide ou do conflito de interesses.³⁹⁷ Em obra posterior, intitulada “*Tratatto del Processo Civile*”, repete a ideia de se conferir à sistemática cautelar a finalidade de promover uma “situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes”.³⁹⁸

LIEBMAN, que defendia o “processo acautelatório” como organismo processual dotado de objeto próprio, identificado na “ação acautelatória”,³⁹⁹ insistia na finalidade de assim “garantir o resultado útil da ação principal”.⁴⁰⁰

Enfim, nenhuma dúvida resta quanto à íntima relação que se estabeleceu entre dogmática processual civil e penal em torno da teoria cautelar brasileira, ao menos por considerável parcela da doutrina. Na esteira dessa tradicional remessa das cautelares processuais penais às “ferramentas dogmáticas próprias do processo civil”,⁴⁰¹ repetem-se os discursos de segurança e eficácia⁴⁰² numa perspectiva que não se ajusta, ou melhor, não deveria se ajustar por completo à esfera criminal, ao menos diante de um viés crítico e limitador do poder punitivo.

Em verdade, conforme reconhecido por autores, inclusive do processo civil, esse recurso às noções, v.g., de CHIOVENDA sobre “ações assecuratórias” e de CALAMANDREI a respeito dos provimentos cautelares, redundará em flagrante deslocamento do “âmbito de proteção dos direitos para a tutela da

³⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. v. I. Padova, Cedam, 1936, p. 205.

³⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Tratatto del Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 355.

³⁹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Nota 1. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v.1. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 274.

⁴⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 217.

⁴⁰¹ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. Antônio Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 104.

⁴⁰² THEODORO JÚNIOR, em seu “Curso de Direito Processual Civil”, afirmará que “a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e profícuo resultado das atividades de cognição e execução”, bem como que o processo cautelar, ao eliminar uma “situação de perigo”, está, acima de tudo, “preocupado em assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que se lhe atribui” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e processo cautelar*. v. II. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010 p. 405).

autoridade do Estado”,⁴⁰³ o que parece bastante complicado especialmente no campo processual penal.

A partir desse modelo teórico, as medidas cautelares processuais penais relacionadas ao âmbito estrito da *persecutio criminis* - rol no qual incluída a prisão preventiva - teriam por finalidade “tutelar o interesse punitivo do Estado consubstanciado na provável condenação do réu”, nas palavras de FREDERICO MARQUES.⁴⁰⁴

Ademais, o discurso processual civil de enfrentamento da “crise de segurança nas relações jurídico-sociais” pela via do processo cautelar⁴⁰⁵ ou de resposta à institucionalização do risco, do medo e do perigo nas diversas formas de convivência social por meio de “ações de segurança”⁴⁰⁶, apesar de bastante sedutor ao sistema de justiça criminal, apresenta sérias consequências na expansão dos processos de criminalização.

Impossível não mencionar que as lições clássicas da doutrina processual penal brasileira sobre medidas cautelares são, em sua maioria, repita-se, reveladoras de uma preocupação securitária diante do risco ou da periculosidade que pudesse se apresentar até o julgamento do caso penal. Esse tem sido o fundamento para o provimento cautelar, também na seara criminal, ainda que

⁴⁰³ Segundo MITIDIERO, a obra de Chiovenda sobre as ações assecuratórias constitui “apenas o marco do qual a função cautelar se despreza da tutela jurisdicional executiva e desloca-se do âmbito de proteção dos direitos para a tutela da autoridade do Estado”, o que será complementado e sistematizado pela teorização de Piero Calamandrei sobre os “*provvedimenti cautelari*” (MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória(...), p. 27).

⁴⁰⁴ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*(...), p. 17.

⁴⁰⁵ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A Lide Cautelar no Código de Processo Civil*(...), p. 23.

⁴⁰⁶ BAPTISTA DA SILVA sustenta que não se pode compreender “nesse contexto de perpétuo devenir (...), onde o risco, o medo e o próprio perigo estão institucionalizados nas mais diversas formas de convivência social (...) o insuficiente tratamento das ações de segurança, pois, como se verá, essa forma de tutela é, precisamente, a maneira pela qual o processo civil responde às exigências do perigo, da periclitacão dos bens e interesses juridicamente protegidos” (SILVA, Ovídio Baptista da. *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp. 7, 8).

necessário o “sacrifício de valores considerados essenciais à realização da justiça”.⁴⁰⁷

Registre-se que essa concepção de cautelaridade processual penal forjada a partir de fundamentos idênticos aos do processo civil, com forte inclinação ao modelo teórico de CALAMANDREI, estende-se ao ponto de reconhecer no procedimento cautelar não apenas uma função conservativa, mas também antecipatória do resultado processual esperado. Nesse sentido, leciona GOMES FILHO:

“Assim como no processo civil, há circunstâncias especiais de risco para a efetividade da tutela jurisdicional penal que autorizam excepcionalmente o exame prematuro dos fundamentos da acusação, ainda que de forma sumária, para que o juiz possa dispor sobre a *conservação* de situações atuais, ou mesmo sobre a *antecipação* do resultado que se espera do processo”.⁴⁰⁸

O que se teria aqui seria mera repetição da formulação de CALAMANDREI quanto ao denominado “*periculum in mora*” – elemento de urgência que justificaria o provimento cautelar –, o qual poderia assumir duas formas distintas: “*pericolo di infruttuosità*” e “*pericolo di tardività*”. Tal distinção levaria em conta as diferentes naturezas do provimento cautelar: conservativa e antecipatória.⁴⁰⁹

TESSER explica o que considera um tipo possível de leitura a ser realizada a partir da obra de CALAMANDREI:

“no primeiro caso tratar-se-ia de *antecipar os meios que assegurassem a eficácia do provimento definitivo, sem satisfação do direito material controvertido*, e, no segundo caso, estar-se-ia a tratar de *antecipar os efeitos diretos do próprio provimento definitivo, com satisfação do direito material controvertido*”.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. In: FERNANDES, Og (Coord). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*(...), p. 16.

⁴⁰⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. In: FERNANDES, Og (Coord). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*(...), p. 17.

⁴⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelari*(...), pp. 55, 56.

⁴¹⁰ TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela Cautelar e Antecipação de Tutela: perigo de dano e perigo de demora*(...), p. 63.

Parece-nos, entretanto, que esse discurso, além de bastante “perigoso” no contexto da justiça criminal, violaria princípios basilares do processo penal como a garantia de presunção de inocência. Não se pretende, com isso, em nenhum momento, diminuir a envergadura acadêmica ou menosprezar as importantes contribuições teóricas desses autores, a exemplo de Piero CALAMANDREI, na sistemática processual cautelar. Contudo, é necessário ter ciência de que são modelos pensados “para solucionar controvérsias cíveis”,⁴¹¹ e não criminais. O que deve ser considerado para evitar a transposição conceitual para o processo penal “de forma imediata e impensada, como tem sido feito”.⁴¹²

Tem-se, neste particular das medidas cautelares, apenas mais um exemplo da séria problemática atinente à ausência de uma teoria própria do direito processual penal. Em verdade, esse tipo de abordagem conceitual somente reflete a visão clássica de um saber processual penal como espécie ou sub-ramo de uma teoria geral do processo revestida pela ideologia positivista.⁴¹³

Sustentar, no âmbito criminal, a possibilidade de “antecipação de resultados” significaria, pela via da prisão cautelar, legitimar condenações prévias e imposições de penas sem uma decisão final de acerto do caso. A situação pode ficar ainda mais grave se, ao final do processo, o acerto for do tipo negativo, isto é, uma sentença absolutória. Nesta hipótese, a antecipação terá se revelado em tragédia de enormes proporções, uma vez que impossível reparar o dano injustamente causado ao imputado.⁴¹⁴

Deveras, todas essas medidas tomadas num “jogo de probabilidades e riscos” com postura nitidamente instrumentalista, em nome de suposta efetividade processual e busca por resultados, as quais são admitidas ou até mesmo elogiadas por processualistas civis de renome,⁴¹⁵ não caberiam num

⁴¹¹ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*(...), p. 104.

⁴¹² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*(...), p. 779.

⁴¹³ DUCLERC, Elmir. *Por Uma Teoria do Processo Penal*(...), pp. 11 - 12.

⁴¹⁴ DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della Tutela Cautelare Penale: la carcerazione preventiva*. Padova: Cedam, 1953, p. 33.

⁴¹⁵ DINAMARCO, após finalizar exposição sobre “as colunas fundamentais do sistema brasileiro de tutela urgente (cautelares e antecipações)”, sublinha rasgado elogio à sistemática

modelo processual penal de resistência democrática, já que fulminariam com a mais pueril ideia de contenção do poder pelo direito e, por conseguinte, do fundamento mesmo do Estado de Direito⁴¹⁶.

A tutela cautelar, nesse sentido, parece-nos um bom exemplo do grave problema denunciado por GOLDSCHMIDT no que concerne ao paralelismo automático e precipitado entre categorias e definições de saberes processuais distintos.⁴¹⁷ Mais do que preciosismo dogmático, necessário perceber que esses desarranjos teóricos produzem consequências reais e nefastas à justiça criminal - lugar em que o poder fala alto e o risco de abuso punitivo é permanente.

Conforme bem adverte CASARA,

“(...) o estudo do processo penal nunca será um exercício intelectual inocente, nem pode partir de premissas ingênuas (...), desassociadas de facticidade ou travestidas de tecnicismos. Isso porque a compreensão, as ações e as omissões nesse campo sempre produzem efeitos de forte significação social, com a redução ou a ampliação dos danos produzidos na sociedade”.⁴¹⁸

Logo, a depender da teoria cautelar escolhida e da prática empreendida por meio dela ou distante dela, aumenta-se ou diminui-se consideravelmente o indelével potencial de violência e dor que naturalmente acompanha o sistema processual penal.

3.2. Garantia da Presunção de Inocência e Excepcionalidade da Prisão Cautelar: do Iluminismo Europeu ao Autoritarismo Brasileiro

do Código de Processo Civil de 1973. O autor explicita suas razões nos seguintes termos: “Nessa disciplina, vê-se de modo muito manifesto o intencional jogo de probabilidades e riscos, mediante o qual pretendeu o legislador, em postura instrumentalista, assegurar a efetividade do processo e a sua capacidade de produzir os resultados desejados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 312).

⁴¹⁶ Segundo COSTA, o Estado de Direito apresenta-se como uma “tentativa de frear o poder, corrigindo internamente os seus mecanismos” (COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; Zolo, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Colaboração de Emilio Santoro. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 195).

⁴¹⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 8.

⁴¹⁸ CASARA, Rubens R. R.. *Prisão e Liberdade*. 1 ed. Org. Marcelo Semer e Marcio Sotelo Felipe. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014 (Coleção para entender direito), pp. 7, 8.

A presunção de inocência, nos moldes de um Estado Democrático de Direito, teria surgido com o Iluminismo,⁴¹⁹ especialmente pela sua base juspolítica em torno dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens, afastando-se, portanto, de um modelo centrado na figura do “*hostis*”, do inimigo, do herege etc.⁴²⁰

Com efeito, o reconhecimento expresso da presunção de inocência teria lugar no artigo 9.º da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, o qual expressamente consignava que todo homem deveria ser presumido inocente até que fosse declarado culpado e, se julgado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário para detê-lo deveria ser severamente reprimido pela lei.⁴²¹

Segundo MORAES, isso era, de fato, algo revolucionário à época. Estabelecer um modelo processual penal fundado na consideração do investigado/acusado como inocente representava um giro completo na história do sistema de justiça criminal. Significaria uma nova ordem processual penal, um novo parâmetro, agora pautado na proteção do indivíduo, e não mais na repressão autoritária aos inimigos. Ao invés do “*hostis alienigena*” e do “*hostis judicatus*”, entraria em cena o investigado/acusado cidadão. Em resumo: antes um sistema

⁴¹⁹ Em que pese a referência histórica feita por alguns autores quanto ao “ônus da prova na tradição romana e da Alta Idade Média”, inclusive com citações de Trajano (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 04 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 506, 576), impossível “vislumbrar qualquer vestígio de presunção de inocência” nesses períodos (MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47), cuja origem restaria mesmo demarcada pelas revoluções liberais do século XVIII (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 09).

⁴²⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*(...), p. 531.

⁴²¹ Art. 9. “Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”. (DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em 23 Jul. 2015).

penal do inimigo, agora a perspectiva de um modelo cidadão.⁴²² Trata-se de verdadeiro “escudo protetor contra o poder arbitrário”.⁴²³

A fórmula cunhada pela Assembleia Nacional Francesa permitiria entrever, pelo menos, duas dimensões da presunção de inocência: processual probatória e processual limitadora das medidas restritivas da liberdade pessoal. No tocante a esta última dimensão, explica GOMES FILHO que representaria nítida medida de contenção de abusos em relação à liberdade ambulatorial:

“(...) visava especialmente à restrição dos poderes absolutos do rei e de seus juízes em relação à prisão, cuja expressão mais evidente eram as chamadas ‘*lettres de cachet*’, por meio das quais era possível a eles dispor arbitrariamente da liberdade dos súditos”.⁴²⁴

Geraldo PRADO também afirma que a presunção de inocência opera diante de toda a estrutura do processo penal, e com maior rigor no âmbito das medidas de privação da liberdade, como verdadeiro “princípio guarda-chuva”, uma vez que responsável por determinar a orientação prevalente a propósito dos demais princípios processuais constitucionais e a dar forma a mais precisa à própria noção de devido processo legal. Assim, dito de outra maneira, o devido processo legal somente o seria na medida em que estivesse em conformidade com a presunção de inocência.⁴²⁵

Na mesma linha, ao comentar sobre a relação entre presunção de inocência e prisões cautelares, leciona GIACOMOLLI:

“Estas somente encontram suporte nas estreitas limitações constitucionais de caráter cautelar, vinculando-se às exigências e necessidades processuais. Essa função de limitação do encarceramento cunha as prisões preventivas ou antecipadas com a marca da excepcionalidade (exceção da exceção) (...) Portanto, a presunção de inocência situa o recolhimento ao cárcere, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal

⁴²² MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*(...), p. 77 - 79.

⁴²³ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.

⁴²⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. In: FERNANDES, Og (Coord). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*(...), pp. 20, 21.

⁴²⁵ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*(...), p. 106.

condenatória, como a última medida processual a ser adotada, sob pena de representar uma execução antecipada de uma sanção criminal ainda não delimitada definitivamente”.⁴²⁶

De fato, a cláusula de excepcionalidade da prisão cautelar, a qual tem sido invocada em diversos informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos,⁴²⁷ teria por objetivo evitar que a medida fosse usada como castigo e afastar sua aplicação em situações desproporcionais.⁴²⁸ Costuma-se dizer que a principal consequência decorrente da excepcionalidade do encarceramento preventivo seria restringir sua incidência a casos nos quais inexistisse em absoluto qualquer outra medida menos gravosa para a garantia dos fins do processo.⁴²⁹ Nesse sentido, leciona MAIER que o tratamento de inocente que deve receber o investigado ou acusado durante a persecução penal impediria a antecipação de pena.⁴³⁰

Vale lembrar que, desde a histórica “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” de 1789, outros inúmeros diplomas legislativos, inclusive na ordem internacional, incorporaram a presunção de inocência. Cite-se a “Declaração Universal de Direitos Humanos” de 1948,⁴³¹ o “Pacto Internacional sobre

⁴²⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

⁴²⁷ Cite-se, por exemplo, os Informes n. 12/96 (Caso López Álvarez X Honduras) e n. 35/07 (Caso Jorge, José e Dante Peirano Basso X República Oriental do Uruguai), posteriormente complementado pelo n. 86/09, todos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

⁴²⁸ Conforme O'Donnell, a excepcionalidade teria como finalidade “evitar que la detencion sin sentencia sea usada como castigo y prevenir su aplicacion en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justicia” (O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacionai de Los Derechos Humanos*. 2 ed. Lima: Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989, p. 147).

⁴²⁹ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto; Buenos Aires: Defensoria General de la Nación, 2008, p. 36.

⁴³⁰ MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*. t. I. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1996, p. 522.

⁴³¹ Artigo XI: “1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 22 Jul. 2015).

Direitos Civis e Políticos” de 1966⁴³² e a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969⁴³³ - essa última em vigor no Brasil desde a publicação do Decreto n. 678/1992.

Por fim, em 1988, assegurado em nossa Constituição, em seu art. 5º, inciso LVII, com *status* de direito fundamental. Assim, prevê o dispositivo constitucional que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Registre-se que semelhante garantia está prevista em outras ordens constitucionais como a canadense (art. 11, *d*), espanhola (art. 17), italiana (art. 13), japonesa (arts. 31, 33 e 34) e portuguesa (art. 32º, 2).⁴³⁴

Segundo CARVALHO, “a Constituição erigiu a presunção de inocência, não como uma presunção de natureza privatista, mas como um princípio político que se dirige fundamentalmente aos juízes”.⁴³⁵ Logo, a postura constitucional exigida do juiz seria a de receber o acusado como inocente e, por óbvio, assim tratá-lo até o único momento formalmente legítimo para a superação dessa presunção, qual seja, a condenação definitiva. Diz-se que este princípio implica um “*status* de inocência, uma “presunção de inocência” ou um “direito de ser tratado como inocente”.⁴³⁶

GIAMBERARDINO explica que o tratamento do acusado como efetivamente inocente é um postulado político próprio da reforma humanista penal e processual penal. Trata-se de noção contemporânea à Escola Clássica, que fora objeto de contestação, primeiramente, pela criminologia positivista, em

⁴³² Artigo 14.2: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa” (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em 22 Jul. 2015).

⁴³³ Artigo 8º.2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/315848.doc>. Acesso em 22 Jul. 2015).

⁴³⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 321.

⁴³⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 383.

⁴³⁶ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*(...), p. 85.

seus pressupostos científicos, e em seguida pelos teóricos ligados a regimes autoritários, em seus fundamentos políticos.⁴³⁷

Cesare Bonesana, o famoso Marquês de BECCARIA, em clássica obra iluminista, publicada em 1764, já dizia que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida”.⁴³⁸

Outro representante do pensamento clássico, Francesco CARRARA, em publicação de 1873, tratava da presunção de inocência como “postulado” fundamental da ciência processual e das demais garantias processuais penais.⁴³⁹

O primeiro ataque, no entanto, veio da *Scuola Positiva* italiana, forte nas ideias de periculosidade e defesa social, a partir de uma base criminológica de viés etiológico individual. FERRI considerava a presunção de inocência um “exagero individualista”, inaceitável quando estendida a criminosos atávicos mais irredutíveis e perigosos.⁴⁴⁰ Ademais, inadmitia a sua extensão a todos os investigados/acusados tampouco a todas as situações processuais. Ficava limitada à etapa investigatória preliminar e desde que não houvesse prisão em flagrante delito ou confissão.⁴⁴¹ Também seria excluída pela reincidência ou quando se tratasse de criminoso habitual, louco ou nato.⁴⁴²

⁴³⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos Obstáculos Epistemológicos da Prisão Cautelar*. 2008. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 53.

⁴³⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35.

⁴³⁹ CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale. In: *Opuscoli di diritto criminale*. vol. V. Prato: 1873, p. 17 – 19 apud FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*(...), pp. 507, 577.

⁴⁴⁰ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminale*(...), p. 729: “(...) esempi di queste esagerazioni in senso individualista, inaccettabili quando siano estese anche ai delinquenti atavici più irriducibili e pericolosi”.

⁴⁴¹ FERRI, Enrico. *Sociologia Criminale*(...), pp. 729, 730: “Ma quando si tratti di reato flagrante o di confessione, altronde confermata, del processato, quella presunzione di esclusivo favore al giudicabile non mi sembra avere egual forza logica e giuridica”.

⁴⁴² FERRI, Enrico. *Sociologia Criminale*(...), p. 730: “Tanto più, ad esempio, quando il processato non sia delinquente occasionale, caduto per la prima volta o supposto autore di un reato d'occasione (e, piti precisamente, di una forma di delinquenza evolutiva), ma sia invece un recidivo, un delinquente per mestiere oppure sia l'autore di un reato che in se stesso, nei suoi motivi e nelle sue circostanze di fatto, rivela il delinquente nato o pazzo”.

GAROFALO, também representante da Escola Positiva italiana, vai além. Afirma que a presunção de inocência não passa de um discurso vazio e absurdo:

“a todos que repetem a vazia, absurda e habitual frase da presunção de inocência até a sentença definitiva, respondo que muitas vezes o juízo é antecipado e a condenação pronunciada pelo tribunal da opinião pública”.⁴⁴³

Afirmava ser completamente ilógica a presunção de inocência depois de uma sentença criminal condenatória⁴⁴⁴ e advogava a tese da prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves.⁴⁴⁵ Sustentava, nessa linha, que a prisão preventiva deveria ser a regra, enquanto resposta normal às imputações criminais em função da antecipação de pena.⁴⁴⁶

Um segundo ataque à presunção de inocência ocorre, no início do século XX, pela Escola Técnico-Jurídica, de Vincenzo MANZINI, Alfredo ROCCO e Arturo ROCCO. Se a crítica anterior era de cunho político-criminal, fundada em suposta incapacidade do modelo penal clássico em reprimir a expansiva criminalidade da época, esta será de viés lógico-dogmático, baseado em alegadas deficiências técnicas na elaboração de alguns fundamentos do pensamento clássico-iluminista.⁴⁴⁷

MANZINI, professor de direito penal e processo penal na Universidade de Torino, tornou-se referência neste movimento de oposição à presunção de inocência, a qual considerava “grosseiramente paradoxal e irracional”.⁴⁴⁸ Argumentava da seguinte forma: se devemos presumir a inocência do imputado,

⁴⁴³ GAROFALO, Raffaele. *La Detenzione Preventiva*. In: *La Scuola Positiva*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1892, p. 199: “a coloro che ripetono la solita, vuota e assurda frase della presunzione d’innocenza sino alla sentenza definitiva, rispondo che molte volte il giudizio è anticipato, e la condanna pronunciata dal tribunale della pubblica opinione”.

⁴⁴⁴ GAROFALO, Raffaele. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Trad. Julio de Mattos. São Paulo: Teixeira, 1893, p. 409 - 410.

⁴⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal(...)*, p. 507.

⁴⁴⁶ GAROFALO, Raffaele. *Criminologia(...)*, p. 407.

⁴⁴⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial(...)*, p. 117.

⁴⁴⁸ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 254 - 255.

pergunta o bom senso, por que então se procede contra ele?⁴⁴⁹ Ligado ao governo fascista de Bento Mussolini, que comandou a Itália a partir de 1922, foi o principal responsável pela ideia de um princípio de “não culpabilidade”, ao invés de inocência; terminologia, aliás, empregada pelas Constituições italiana e brasileira.⁴⁵⁰

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941, fruto do Estado Novo de Getúlio Vargas (1937-1945), apresenta o mesmo viés autoritário da legislação italiana - “*Codice di Procedura Penale Alfredo Rocco*” - de 1930. Também baseado em um modelo de processo penal de prevalência do interesse público em detrimento das garantias individuais.⁴⁵¹

Registre-se que o Ministro Francisco CAMPOS, em sua Exposição de Motivos do Código de 1941, fez questão de citar o pensamento de Alfredo Rocco e seu trabalho de reforma do processo penal italiano.⁴⁵² Observa MALAN que, malgrado Francisco CAMPOS nunca tenha se declarado *fascista*, ou assumido abertamente a influência do regime de Mussolini na ordenação do Estado Novo, é sintomática essa referência na Exposição de Motivos.⁴⁵³

A ideologia autoritária de CAMPOS, positivada no Código brasileiro de 1941, sempre em nome da “defesa social”, fica patente em sua obra intitulada “O Estado Nacional”, *in verbis*:

⁴⁴⁹ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*(...), p. 254.

⁴⁵⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos Obstáculos Epistemológicos da Prisão Cautelar*(...), p. 54.

⁴⁵¹ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. v. I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 19.

⁴⁵² CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal de 1941)*. Publicada no DOU de 13 de outubro de 1941. Item 02 – A Reforma do Processo Penal Vigente: “(...) Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvoreçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’”.

⁴⁵³ MALAN, Diogo. Ideologia Política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: _____; MELCHIOR, Antônio Pedro; SULOCKI, Victoria-Amália de. *Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro*. Diogo Malan e Geraldo Prado (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 46.

“De par com a necessidade de coordenação das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, impunha-se o seu afeiçoamento ao objetivo de maior facilidade e energia da ação repressiva do estado. As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum. O indivíduo, principalmente quando se mostra rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar outras franquias ou imunidades além daquelas que o garantem contra o exercício do poder público, fora da medida reclamada pelo interesse social”.⁴⁵⁴

Não é por outra razão que Francisco CAMPOS é considerado um dos mais importantes intelectuais orgânicos do autoritarismo brasileiro do século XX, além de artífice da base jurídica do regime de exceção do Estado Novo varguista.⁴⁵⁵ Diante dessa breve enunciação de propósitos à legislação processual da época, ainda em vigor, apesar de reformas parciais, fica muito difícil imaginar uma dimensão que assegure de fato a presunção de inocência. Em verdade, segundo MORAES, o Código não só rejeitou a dimensão juspolítica da presunção de inocência como acabou forjado a partir de uma estrutura de “presunção de culpa” e de persecução penal de “inimigos”.⁴⁵⁶

A realidade do sistema de justiça criminal brasileiro, ainda pautada por critérios autoritários de defesa social, tornou-se uma verdadeira calamidade pública. As suas contradições, inclusive em nível normativo, são flagrantes. No entanto, essa dogmática processual penal clássica, de base civilista, não parece muito preocupada em denunciar as incompatibilidades manifestas entre a estrutura inquisitorial do Código de Processo Penal de 1941 e o modelo formalmente acusatório da Constituição de 1988.

⁴⁵⁴ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 121.

⁴⁵⁵ MALAN, Diogo. Ideologia Política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: _____; MELCHIOR, Antônio Pedro; SULOCCI, Victoria-Amália de. *Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro*. Diogo Malan e Geraldo Prado (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 79.

⁴⁵⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial(...)*, p. 159.

Sem dúvidas, o sintoma mais evidente da ausência de uma teoria crítica, de viés libertário, que fosse realmente comprometida com noções básicas de democracia processual. Realmente não houve por aqui a devida e necessária constitucionalização do direito processual penal. Isso fica muito claro no trato dispensado à presunção de inocência, inclusive no tocante à regra formal de excepcionalidade da prisão cautelar. A garantia iluminista europeia é, sem exagero, atropelada pelo autoritarismo brasileiro, inclusive com chancela do Supremo Tribunal Federal.⁴⁵⁷

Não por outra razão a prática processual penal em *terrae brasilis* continua sendo, na maior parte dos casos, flagrante manifestação de um sistema inquisitório sem qualquer filtragem de constitucionalidade ou convencionalidade.

Vale lembrar que o Código de Processo Penal de 1941, em sua redação original, previa uma modalidade de prisão preventiva obrigatória, aplicável aos casos em que a acusação tivesse por objeto crimes com pena máxima igual ou superior a 10 (dez) anos, senão vejamos:

“Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos”.

Tratava-se, segundo José FREDERICO MARQUES, de uma presunção absoluta de *periculum in mora* a justificar a prisão preventiva.⁴⁵⁸ O próprio Frederico MARQUES, ao comentar esse dispositivo legal, apontava que era fruto do período totalitário em que foi promulgado nosso Código e que a prisão preventiva compulsória poderia ser vista como forte exemplo do autoritarismo processual da política direitista do Estado Novo trasladada do processo penal

⁴⁵⁷ A respeito do autoritarismo jurisprudencial brasileiro, bem como seu compromisso com o populismo midiático e o punitivismo de ocasião, cite-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em julgamento plenário, por maioria de votos, ocorrido no dia 17 de fevereiro de 2016, em sede de Habeas Corpus n. 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, em que ressuscitada a chamada “execução provisória ou antecipada de pena”. Trata-se de precedente que atenta contra a democracia processual penal, ao possibilitar a execução de pena antes do trânsito em julgado da condenação, em nítida violação aos artigos 5º, inciso LVII, da Constituição da República e 283 do Código de Processo Penal. Estabelece-se, assim, uma espécie de “estado de culpa impróprio” quando confirmada a sentença penal condenatória por tribunal de apelação, mas ainda pendente recurso especial e extraordinário.

⁴⁵⁸ FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*(...), p. 46.

italiano da era de Mussolini. A prisão preventiva compulsória era considerada uma medida coativa de “profunda iniquidade” e possível fonte de “irreparáveis injustiças”.⁴⁵⁹

OG FERNANDES também identificava nessa “medida cautelar obrigatória fundada unicamente no critério da pena em abstrato” claro exemplo da “influência da legislação penal italiana de Alfredo Rocco, de evidente inspiração fascista”.⁴⁶⁰

Registre-se que apenas com o advento da Lei n. 5.349, de 3 de novembro de 1967, foi extinta a prisão preventiva obrigatória – verdadeiro encarceramento automático, absolutamente desvinculado de qualquer noção de cautelaridade.

Em que pese a superação formal da prisão preventiva obrigatória, pouca coisa mudou. Excluída do Código, mas ainda pulsante na ideologia positivista (de)formadora do sistema de justiça criminal brasileiro. Uma singela análise das decisões judiciais sobre medidas cautelares pessoais no processo penal seria suficiente para demonstrar que a prisão provisória tornou-se, de fato, “antecâmara obrigatória do cárcere definitivo”⁴⁶¹ em muitas situações.

Ocorre que, apesar do reconhecimento formal de garantias fundamentais de liberdade, como a “presunção de inocência”, no âmbito normativo constitucional e convencional humanitário, as práticas cotidianas da justiça penal, especialmente latino americana, demonstram outra realidade, inteiramente comprometida com uma tradição autoritária e manifestamente antiliberal do

⁴⁵⁹ FREDERICO MARQUES, José. A Prisão Preventiva Compulsória. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 227.

⁴⁶⁰ FERNANDES, Og. Constituição, Processo e Prisão. In: *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. Antônio Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54.

⁴⁶¹ A rotulação da prisão provisória como “antecâmara do cárcere definitivo” pode ser encontrada na obra de Basileu GARCIA. Confira, neste particular, o seguinte trecho: “prisão provisória é a antecâmara do cárcere definitivo. Poderá ser também a antecâmara da liberdade, uma vez que, preventivamente preso, para fins processuais, pode ser inocente o indiciado” (GARCIA, Basileu. Regimes adequados ao cumprimento das penas de reclusão e detenção - estabelecimentos de prisão provisória. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 37, p. 114, jan. 1942. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65988/68599>>. Acesso em: 22 Jul. 2015).

poder punitivo.⁴⁶² Muito embora nascido de uma reação aos abusos do poder punitivo, de uma resistência em face dos arbítrios processuais penais, passando a compor uma espécie de consciência universal de liberdade relativa ao valor da pessoa, isso não foi suficiente para garantir sua vigência efetiva.⁴⁶³

3.3. A Prisão Cautelar na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: flertando com a Periculosidade. Pela Garantia da Ordem Pública e do Encarceramento em Massa.

A necessidade de proteção social em face da periculosidade do agente é comumente encontrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como “fundamentação”, ou melhor, justificativa para a decretação de prisões preventivas. A sua acomodação legal encontra espaço fértil na arbitrária cláusula de “garantia da ordem pública”.

“O decreto de prisão preventiva do paciente apresenta fundamentos aptos para justificá-lo, sendo estreme de dúvidas sua necessidade para acautelar o meio social, preservando-se a ordem pública, ante a periculosidade evidente do paciente, que, conforme verificado dos autos, foi surpreendido com grande quantidade de droga e uma arma de fogo com numeração raspada”.⁴⁶⁴

“1. Demonstrada a necessidade da segregação provisória para garantia da ordem pública, tendo em vista a comprovação da periculosidade do acusado, integrante de facção criminosa altamente organizada. Alta probabilidade de que, em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal, dê prosseguimento às atividades ilícitas. Precedentes”.⁴⁶⁵

A jurisprudência do STF não abre mão da atividade de prognose criminal, principalmente em casos envolvendo tráfico de drogas e organizações criminosas. Os fatos passados, mesmo quando pendentes de julgamento, são

⁴⁶² BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. 1 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 122.

⁴⁶³ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*(...), p. 86.

⁴⁶⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC n. 127457/BA. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento em 09.06.2015. Publicação em 01.07.2015.

⁴⁶⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC n. 123211/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 24.02.2015. Publicação em 10.03.2015.

considerados para traçar o futuro do investigado/acusado. Esses juízos futurísticos são realizados em nome de uma suposta “cautelaridade social” e, dessa forma, passam a servir de “motivação” para as prisões ditas processuais.

Nessa linha de tutela da “ordem pública” contra a “periculosidade individual”, o Habeas Corpus n. 104.877, da Segunda Turma, de relatoria do Ministro Ayres Britto, poderia servir como “*leading case*” quanto à interpretação do STF em matéria de “cautelaridade” processual penal:

“(…) PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO EMBASADA NA CONTEXTURA FACTUAL DOS AUTOS. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO NA PRÁTICA DELITUOSA. ACAUTELAMENTO DO MEIO SOCIAL. ORDEM DENEGADA. (...)”

2. O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí *sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem da cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes*. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social.

3. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. Já no tocante à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Logo, o *quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública)*.

4. Na concreta situação dos autos, o fundamento da garantia da ordem pública, tal como lançado, basta para validamente sustentar a prisão processual do paciente. Prisão que se lastreia no concreto risco de reiteração criminosa. Pelo que não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se o caso em análise evidencia a necessidade de acautelamento do meio social quanto àquele risco da reiteração delitiva. Situação que atende à finalidade do art. 312 do CPP.

5. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto revelador da incomum gravidade da conduta protagonizada pelo paciente, caracterizada pela exacerbação de meios. A evidenciar, portanto, periculosidade envolta em atmosfera de concreta

probabilidade de sua reiteração; até mesmo pela consideração de que o paciente já foi condenado definitivamente por outro crime de roubo. Precedentes: HCs 92.735, da relatoria do ministro Cezar Peluso; 96.977, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; 96.579 e 98.143, da relatoria da ministra Ellen Gracie; bem como 85.248, 98.928 e 94.838-AgR, da minha relatoria.

6. Em suma, sempre que a maneira da perpetração do delito revelar de pronto a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto prisional a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública. Precedentes: HCs 93.012 e 90.413, da relatoria dos ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, respectivamente.

7. Ordem denegada”.⁴⁶⁶ (grifo nosso).

Vale frisar algumas teses que foram veiculadas nesse julgado e admitidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de tutela cautelar processual penal. Aliás, ideias que talvez representem o pensamento jurídico dominante nesse tema, as quais possuem forte assento em postulados básicos da criminologia etiológica individual.

Acompanhe a síntese extraída desse julgado do Supremo: i) ordem pública como pressuposto para a prisão cautelar; ii) a prisão cautelar como mecanismo de acautelamento do meio social”; iii) a culpabilidade como medida da pena e a periculosidade do agente como parâmetro das prisões cautelares; iv) o crime como manifestação da periculosidade do sujeito; v) o criminoso como encarnação de verdadeiro risco à coletividade.

Percebe-se, sem muita dificuldade, que as teses *supra* mencionadas são absolutamente condizentes com os argumentos defendidos pela *Scuola Positiva* italiana de Lombroso, Ferri e Garofalo, bem como a própria doutrina positivista brasileira.

A decisão em comento alinha-se perfeitamente ao modelo jurisdicional defendido por Ataliba NOGUEIRA, em dissertação do início do século XX, no sentido de uma análise para além do delito e com juízos futurísticos, *in verbis*:

“A lei deve facultar ao juiz uma visão integral e real do delito, do delinquente e da pena, obrigando-o a avaliar a ação, não fora do indivíduo, mas intimamente unida à pessoa do

⁴⁶⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC n. 104.877/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 01.03.2011. Publicação em 17.06.2011.

agente: voltado não apenas para o passado, para um ato que já cessou, mas ainda para o futuro, para a sua provável repetição, para um provável estado perigoso”.⁴⁶⁷

Esse viés ficaria ainda mais evidente da leitura do inteiro teor do acórdão, entretanto a fim de não tornar demasiadamente repetitiva a exposição, citem-se apenas alguns trechos do voto do Exmo. Min. Ayres Britto, especificamente quando trata da definição de ordem pública, bem como da sua relação com a prisão preventiva para a defesa social em face da periculosidade do acusado:

“8. Sem maiores dificuldades, adianto que não procede a insurgência defensiva. De início, averbo que o fundamento de garantia da ordem pública se afigura apto para embasar o decreto de prisão preventiva do paciente. Explico: segundo ressaltei em julgamentos anteriores, tenho buscado, a partir da Constituição Federal, um conceito seguro de ordem pública. Minha âncora, de longa data, tem sido o art. 144 da Constituição, e nem assim consigo sentir-me absolutamente tranquilo quanto a uma tentativa de formulação conceitual da matéria. (...)”

10. Avanço no raciocínio para dizer que a expressão ordem pública, justamente, é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de ‘preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio’, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. É um *tertium genus*. Mas o máximo que consegui até agora foi este conceito negativo mesmo: ordem pública é bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

11. Agora, passado algum tempo, já me animo a ajuizar que, enquanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio vai servir como a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a *ordem pública é algo também socialmente valioso* – e por isso juridicamente protegido –, não se confundindo mesmo com tal incolumidade. Mais que isso: cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, se revela como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo próprio modo ou em função das circunstâncias em que penalmente violada a esfera de integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros. Daí a sua categorização jurídico-positiva, não como descrição de delito ou cominação de pena, mas como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na mencionada gravidade incomum na execução de certos crimes. Não da incomum gravidade desse ou daquele delito, entenda-se. Mas da incomum gravidade da protagonização em si do crime e de suas circunstâncias, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito, ou, então, atuará de modo a facilitar o respectivo acobertamento. Onde o prefalado vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Conceito de ordem pública que se desvincula

⁴⁶⁷ NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*(...), p. 82.

do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio, mas que se enlaça umbilicalmente ao conceito de acautelamento do meio social”.⁴⁶⁸

O Ministro registrou esse mesmo raciocínio em outros julgados para estabelecer a relação entre defesa social e periculosidade criminal. Em certa ocasião, chegou a afirmar que o “juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade” constitui fundamento do decreto de prisão cautelar.⁴⁶⁹

Em julgado anterior, defendia em plenário a tese de análise judicial quanto à “projeção futurista” da ordem pública, *in verbis*:

“(...) a ordem pública há de ser considerada pelo juiz do caso tanto diante do presente quanto do futuro, fazendo a projeção futurista, temporal. O verbo ‘preservar’, na Constituição, é dual, é binário – tanto se refere ao presente como ao futuro”.⁴⁷⁰

Em verdade, o que se percebe é que a noção de ordem pública permite as mais variadas manobras linguísticas para a ampliação do poder punitivo, em nome de suposta cautelaridade social, nunca processual. Essas prisões não poderiam ser consideradas tecnicamente cautelares.⁴⁷¹ Tendo em conta o seu elevado grau de indeterminação, ausente qualquer referencial semântico processual,⁴⁷² transformam-se em meros instrumentos de um Estado de polícia, divorciando-se das categorias materialmente processuais penais de um Estado de Direito.⁴⁷³

Fauzi CHOUKR, em pesquisa sobre o significado empregado à ordem pública na jurisprudência brasileira, constatou que inexiste precisão teórica; a

⁴⁶⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC n. 104.877/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 01.03.2011. Publicação em 17.06.2011.

⁴⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC n. 105.879/PE. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 05.04.2011. Publicação em 24.08.2011.

⁴⁷⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. HC n. 93.012/DF. Rel. Min. Menezes Direito. Julgamento em 12.02.2008. Publicação em 28.03.2008.

⁴⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*(...), p. 839.

⁴⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 738.

⁴⁷³ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. As Medidas Cautelares Pessoais no Projeto de Código de Processo Penal – PLS n. 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org). *O Novo Processo Penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 247 - 270.

única tímida manifestação de unidade conceitual ocorreu mediante a aproximação da categoria “ordem pública”, expressa no Código de 1941, com a ideia de periculosidade, a partir da revogação da prisão obrigatória em fins da década de 1960.⁴⁷⁴

Com efeito, esse tipo de discurso oficial por segurança e ordem tem servido apenas ao incremento real das práticas de poder; não passa de um conceito simbólico, um fim em si mesmo, manejado como justificativa para o sacrifício de reais direitos de liberdade.⁴⁷⁵ A crítica de ZAFFARONI é bastante pertinente neste cenário, ao afirmar que: “a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, acabaria na *despersonalização de toda a sociedade*”.⁴⁷⁶

Cite, v.g., que o simples fato de o acusado ser “toxicômano confesso” já foi admitido, pelo Supremo Tribunal Federal, para a formação de juízo de periculosidade e risco à ordem pública, conforme registra a jurisprudência da década de 1980, senão vejamos:

“Não há por que se reformar o decreto de prisão preventiva, se, processado pela pratica, em coautoria, de homicídio e lesões corporais graves, estando bem fundamentada a decisão que a decretou, fê-lo o magistrado, notadamente, em garantia da ordem pública, ameaçada pela periculosidade do paciente, toxicômano confesso. Recurso a que se nega provimento”.⁴⁷⁷

É a mostra mais evidente da transformação da ciência penal, nos rastros do positivismo, em método de anamnese reconstrutiva da personalidade do indivíduo, “julgando e punindo sua história pessoal, familiar, afetiva e, inclusive, orgânica”, conforme adverte Salo de CARVALHO. O autor tem absoluta razão ao afirmar que o sistema de periculosidade inaugura uma nova estrutura punitiva de justificação da sanção. A retribuição pelo ato praticado é “substituída pela

⁴⁷⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas Cautelares e Prisão Processual – comentários à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011*. 01 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 80

⁴⁷⁵ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. 01 ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

⁴⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal(...)*, p. 20.

⁴⁷⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RHC n. 59.198/SP. Rel. Min. Firmino Paz. Julgamento em 15.09.1981. Publicação em 02.10.1981.

ideia de pena-tratamento voltada à tarefa de modificar o sujeito a partir da correção dos déficits que potencializam o crime”.⁴⁷⁸

Registre-se, em tempo, que esse modelo fundado na periculosidade não fica restrito às medidas de segurança aplicáveis aos inimputáveis clínicos, mas se estende, principalmente na sua relação com a defesa social, por intermédio da categoria “ordem pública”, prevista na estrutura das prisões preventivas, aos investigados e acusados tidos como imputáveis penalmente. Assim, tanto as “medidas de contenção da loucura criminosa” quanto as “providências (ditas) cautelares processuais penais” que impliquem privação da liberdade do sujeito passam a operar conforme a disciplina estabelecida pela periculosidade individual e tutela social.

Não há dúvidas de que a perpetuação desse discurso jurídico-penal fundado no positivismo criminológico apenas implicará o reforço do caráter seletivo e eficientista do punitivismo brasileiro quase sempre mascarado pela propaganda de defesa social. Assim, continua o sistema de justiça criminal a exercer sua função de manutenção do regime neoliberal e da luta de classes, ficando as promessas da modernidade relegadas à retórica política.⁴⁷⁹

3.4. Para Além do Discurso Jurídico de Cautelaridade: um retrato da sobrepopulação prisional provisória

É preciso, como diria CIRINO DOS SANTOS, rasgar o véu de aparência das funções declaradas ou manifestas da ideologia jurídica oficial, na tentativa de identificar as funções reais ou latentes do sistema penal, principalmente seu caráter utilitário nas sociedades divididas em classes antagônicas no atual regime capitalista.⁴⁸⁰

Assim deve ser tratada a questão da prisão preventiva e sua indevida utilização como pena, em desconformidade com o programa constitucional e os

⁴⁷⁸ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*(...), p. 274.

⁴⁷⁹ NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*(...), p. XXVIII.

⁴⁸⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 05 ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 420.

tratados internacionais de direitos humanos. Afinal de contas não se pode simplesmente fechar os olhos para a realidade, permanecendo apenas com a mera consideração exegetica ou dogmática; isto seria, como afirma BINDER, “uma falsidade a mais e uma ciência hipócrita forma somente seres hipócritas em uma sociedade falsa”.⁴⁸¹

Nesse sentido, uma análise minimamente responsável sobre o sistema prisional brasileiro deve necessariamente partir da consideração do absoluto estado de caos e das constantes violações a direitos fundamentais, o que já se tornou matéria de conhecimento geral. A tragédia punitiva é atualizada periodicamente pelos dados oficiais divulgados pelo Ministério da Justiça e pelo Conselho Nacional de Justiça, muitas vezes em parceria com institutos de pesquisa, além de informes de organismos estrangeiros de direitos humanos como a Anistia Internacional.

Conforme o mais recente “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro de 2014”, a população prisional no Brasil alcançou o montante de 622.202 encarcerados no segundo semestre de 2014, o que significa mais de 300 presos para cada cem mil habitantes no país.⁴⁸²

O estudo anterior, referente ao primeiro semestre de 2014, registrava 607.731 presos no primeiro semestre de 2014, número já bastante superior às quase 377 mil vagas do sistema penitenciário, totalizando um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%.⁴⁸³

Esse quantitativo absoluto sobre a população prisional brasileira confere-nos a quarta posição no ranking mundial de encarceramento, atrás apenas dos Estados Unidos (2.228.424), da China (1.657.812) e da Rússia (673.818),

⁴⁸¹ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*(...), p. 90 - 91.

⁴⁸² BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2016, p. 18. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@download/file>. Acesso em: 26 Abr. 2016.

⁴⁸³ BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Junho de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2015, p. 11. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14 Jul. 2015.

segundo pesquisas do “Internacional Centre for Prison Studies – ICPS”.⁴⁸⁴ Isso sem considerarmos os 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentos e trinta e sete) presos domiciliares no Brasil e os 373.991 (trezentos e setenta e três mil, novecentos e noventa e um) mandados de prisão aguardando cumprimento, segundo informações do Conselho Nacional de Justiça em pesquisa publicada no ano de 2014.⁴⁸⁵

Nesse grande cenário de encarceramento nacional é preciso destacar o elevado número de presos provisórios, isto é, presos sem condenação definitiva. O registro oficial é de aproximadamente 40% (quarenta e por cento).⁴⁸⁶ Em outras palavras, 04 (quatro) a cada 10 (dez) presos no Brasil estão privados de sua liberdade sem a chancela estatal definitiva a respeito de sua “culpa”; são, ainda, sujeitos considerados, ao menos no plano teórico-constitucional, “presumidamente inocentes” (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB). Não foram condenados, mas estão presos. E, na verdade, são tratados da mesma forma que os presos definitivos.

As distinções entre essas espécies de prisão – cautelar e definitiva – ficam apenas no âmbito normativo oficial; não encontram qualquer respaldo na concretude da vida carcerária, segundo pode-se observar na maior parte dos casos. Aliás, mesmo no campo legislativo, os institutos da detração (artigo 42 do CP)⁴⁸⁷ e da execução provisória da sentença (artigo 2º, parágrafo único, da

⁴⁸⁴ INTERNACIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES – ICPS. *World Prison Population List*. King’s College de Londres/Reino Unido. Disponível em: <www.prisonstudies.org>. *apud* BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14 Jul. 2015. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2015, p. 12.

⁴⁸⁵ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Brasília: Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 14 Jul. 2015.

⁴⁸⁶ BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2014* (...), p. 15 - 16.

⁴⁸⁷ O artigo 42 do Código Penal, ao determinar o cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória cumprida no Brasil ou no estrangeiro, evidencia a indistinção de gênero entre essas modalidades de privação da liberdade. Isso porque seria absolutamente impossível essa operação matemática, determinada pelos princípios de legalidade e proporcionalidade, que recebe o nome de detração penal (QUEIROZ, Paulo. *Curso*

LEP)⁴⁸⁸ parecem confessar a indistinção material entre essas formas de privação da liberdade individual.

As pesquisas, por sua vez, escancaram a “distância cognitiva entre a programação normativa – e o discurso institucional – por um lado, e a concretude das instituições e de seu funcionamento, por outro”; os dados empíricos, sempre motivo de estranhamento pela casta dogmática do direito, relativizam o alcance e a precisão dos comandos normativos e nos fazem “compreender que a realidade negocia com as normas, numa constante adaptação em duas vias”.⁴⁸⁹ A crítica, principalmente de viés criminológico, deve pautar-se por dados empíricos da realidade.⁴⁹⁰

Nesse sentido, vale lembrar que a CPI do Sistema Carcerário, em 2009, já apontava para o total desrespeito às regras de diferenciação constantes na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal. A obrigatória separação entre presos provisórios e condenados, v.g., antiga determinação constante no artigo 84

de Direito Penal: parte geral. v.1. 8 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 483) se não houvesse identidade de base entre a chamada “prisão pena” e a “prisão cautelar”.

⁴⁸⁸ A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem admitido a execução provisória de sentença penal condenatória em favor do acusado preso cautelarmente, a fim de lhe garantir direitos da execução como a progressão de regime prisional. Trata-se da chamada “execução provisória da sentença *pro reo*”, cujo cabimento seria discutível em face do trânsito em julgado para a acusação ainda pendente recurso da defesa ou quando o recurso da acusação objetivasse apenas a melhora da situação processual do acusado. Confere-se isonomia de tratamento neste particular entre presos provisórios e definitivos com base no artigo 2º, parágrafo único, da LEP (Lei n. 7.210/84), o qual determina que “esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado (...), quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”. É a interpretação que se tem conferido à súmula número 716 do STF, segundo a qual “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Percebe-se, nesta temática, para fins de execução penal, tratamento uniforme entre as espécies prisionais (“definitiva” e “processual”). Registre-se, em tempo, que situação ora apresentada não se confunde com a famigerada “execução provisória de pena *contra reo*”, recentemente admitida pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento plenário, por maioria de votos, ocorrido no dia 17 de fevereiro de 2016, nos autos do Habeas Corpus n. 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, em flagrante violação ao princípio da presunção de inocência.

⁴⁸⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos; Ipea, 2015 (Série Pensando o Direito; 54), p. 92.

⁴⁹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006. p. 38.

da Lei n. 7.210/84⁴⁹¹ e agora repetida pela nova redação do artigo 300 do Decreto-Lei n. 3.689/41⁴⁹², era solenemente ignorada.

O relatório final da CPI da Câmara dos Deputados não deixava dúvidas neste particular: “os presos são amontoados em celas superlotadas, transformadas em ‘salada’ de presos: provisórios misturados com condenados; primários, com reincidentes; jovens, com idosos; sadios com presos doentes e até mulheres misturadas com homens”⁴⁹³. Havia registros, ainda, de presos provisórios em delegacias de polícia⁴⁹⁴ - situação que permanece atualmente⁴⁹⁵.

No mesmo sentido era a denúncia da Anistia Internacional em seu relatório sobre “Tortura e Maus Tratos no Brasil”, divulgado no ano de 2001, senão vejamos:

“O consequente acúmulo de processos significa que os centros de detenção se encontram apinhados de pessoas aguardando audiência, e também as celas de delegacias policiais se transformam em centros de detenção, muitas vezes com trinta ou mais detentos em celas de pequenas dimensões. As condições costumam ser descritas como desumanas. As delegações da Anistia Internacional sempre confirmaram o fato de que as celas das delegacias policiais são utilizadas ilegalmente como centros de detenção provisória devido à falta de outras instalações onde manter os detentos. Em alguns casos, presos condenados permanecem em delegacias policiais ou em centros de detenção provisória porque o sistema penitenciário não tem lugar para eles. Não existe segregação entre os detentos para separar presos primários de reincidentes extremos; nem separação por status legal, de forma que presos provisórios e condenados permanecem juntos.”⁴⁹⁶

⁴⁹¹ BRASIL. Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984). Art. 84. “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes. § 2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada”.

⁴⁹² BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/1941). Art. 300. “As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal” (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁴⁹³ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI Sistema Carcerário*. Brasília: Edições Câmara, 2009, p. 220.

⁴⁹⁴ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI Sistema Carcerário*(...), p. 220.

⁴⁹⁵ Segundo os dados do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias”, seriam 27.950 (vinte e sete mil, novecentos e cinquenta) presos em “carceragens” de delegacias de polícia em junho de 2014 (BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Junho de 2014*(...), p. 11).

⁴⁹⁶ ANISTIA INTERNACIONAL. “Eles nos tratam como animais”. Tortura e maus-tratos no Brasil. Desumanização e impunidade no Sistema de Justiça Criminal. Londres: Anistia Internacional, 2001, p. 24.

Vale ressaltar que, ainda em 2009, nos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito, uma de suas recomendações finais foi justamente no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça apurasse “as responsabilidades de Tribunais e magistrados pelo excesso de presos provisórios”.⁴⁹⁷

Nada mudou até hoje para além da lei. As precárias condições prisionais no Brasil continuam sendo apontadas pela Anistia Internacional⁴⁹⁸ e o número de presos provisórios permanece em padrões dignos de hipertrofia do Estado penal.⁴⁹⁹

O que se tem é, de fato, a banalização da prisão cautelar, especialmente diante de certos “estereótipos” e determinados fatos puníveis como roubo e tráfico de drogas. De fato, a ideologia reinante, fundada na periculosidade do delinquente e na defesa social, enxerga esse “tipo criminoso” como figura anormal necessitada de correção ou tratamento, sem nada questionar a respeito dos pressupostos dos processos de criminalização (primária ou secundária), vinculada ainda à noção ontológica de crime do movimento positivista. Assim, nos dizeres de GORNICKI NUNES, “justifica-se – retoricamente – o aprisionamento de milhares de pessoas miserabilizadas, malgrado as ‘impurezas’ estarem em todos os estratos sociais, sendo flagrante a seletividade do sistema de justiça criminal”.⁵⁰⁰ Há uma série de mitos científicos que direcionam o foco do poder punitivo ao setor mais explorado e vulnerável das sociedades, principalmente no contexto latino-americano, ignorando inúmeros fatos e pessoas que também constituem o bloco social de criminalidade, mas escapam das

⁴⁹⁷ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI Sistema Carcerário*(...), p. 494.

⁴⁹⁸ Sobre as condições prisionais, registra o informe: “Superlotação extrema, condições degradantes, tortura e violência continuaram sendo problemas endêmicos nas prisões brasileiras. Nos últimos anos, vários casos relativos às condições prisionais foram encaminhados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto a situação nos presídios continuava preocupante” (ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/15: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Disponível em <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Web-Informe-2015-03-06-final.pdf>>. Acesso em: 26 Fev. 2015).

⁴⁹⁹ ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem. In BITTAR, W. B. (Org.). *A Criminologia no século XXI*(...), p. 124.

⁵⁰⁰ NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*(...), p. 42.

engrenagens criminais pela sua capacidade econômica, política e social.⁵⁰¹

Conforme demonstram recentes pesquisas, “a prisão preventiva, que deveria ser uma medida excepcional, acaba se transformando em regra – e isto em sua acepção mais profunda, por se tornar regular, universal e reiterada”.⁵⁰² Isso porque, como diria Julio PALAO, referindo-se à disciplina do direito espanhol, porém com igual serventia à realidade brasileira, a configuração atual das hipóteses de prisão provisória permite aplicá-las mesmo sem uma finalidade tipicamente cautelar que deveria sempre inspirá-las, de modo que restam convertidas em medidas de segurança ou, ainda pior, em instrumentos de antecipação de pena.⁵⁰³ No fundo, diante do reclame popular e midiático por “ordem” (ou melhor: uma “ordem seletiva”), o processo penal, especialmente a teoria das medidas cautelares pessoais, transforma-se em simples “mecanismo de punição antecipada”.⁵⁰⁴

Os estudos empíricos apontam, ainda, para o cenário histórico de criminalização da miséria no contexto brasileiro. Segundo conclusão do Instituto do Direito de Defesa, vive-se, sem dúvida alguma, uma “cultura de encarceramento em massa da população pobre”.⁵⁰⁵

A situação fica ainda mais dramática quando analisada a relação entre os números de prisões cautelares e sentenças condenatórias. O que existe é uma “absoluta desproporção”, já que a quantidade de presos processuais revelou-se muito superior em comparação ao número de condenações.⁵⁰⁶ Ou seja: a maioria dos presos cautelares não apresenta sentença penal condenatória ao final do

⁵⁰¹ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia*(...), p. 23.

⁵⁰² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)*(...), p. 55.

⁵⁰³ PALAO, Julio Banacloche. *La Libertad Personal y Sus Limitaciones: detenciones y retenciones em el derecho español*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 382.

⁵⁰⁴ VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. *A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico*(...), p. 218.

⁵⁰⁵ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *SOS LIBERDADE: relatório de pesquisa. O Impacto da Lei n 12.403/11 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista*, 2014, p. 52. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2014/03/SOS_Liberdade_IDDD.pdf>. Acesso em: 16 Jan. 2016.

⁵⁰⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)*(...), p. 84.

processo. Presos antes ou ao longo do processo, mas absolvidos ao final.

Conforme análises de processos do ano de 2011, no Rio de Janeiro, apenas 1/3 (um terço) dos acusados que permaneceram presos após autuação em flagrante tiveram contra si uma sentença condenatória com pena de prisão em regime fechado.⁵⁰⁷ Diz-se, ainda, que

“Considerando-se que a prisão cautelar muitas vezes dura semanas ou meses e que transcorre sempre em regime fechado, é possível afirmar que 2/3 das prisões preventivas impostas ao conjunto de casos em análise funcionaram como antecipação agravada da pena, já que ao final do processo os réus não foram sentenciados à privação completa da liberdade. Em outras palavras, pode-se afirmar que uma parcela muito significativa das prisões provisórias foi imposta abusivamente, isto é, em franco conflito com o princípio de proporcionalidade entre medida cautelar e punição aplicada”.⁵⁰⁸

Fica claro, portanto, que o axioma fundamental da excepcionalidade do encarceramento provisório é apenas uma garantia (formal) do campo jurídico, porém desmentida todos os dias pela realidade brasileira.⁵⁰⁹

É bem verdade que o caos quanto ao “encarceramento provisório” não é exclusividade do Brasil. Alberto BOVINO destaca que as estatísticas sobre a população carcerária na América Latina demonstram, de modo incontroverso, a gravidade no tocante ao problema do abuso do encarceramento preventivo, referindo-se a pesquisas que indicavam quantitativo superior a 60% (sessenta por cento) de presos sem condenação dentre todos aqueles sujeitos privados de liberdade.⁵¹⁰

Sublinhe-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em relatório publicado no ano de 2013, destacou a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva como problema crônico em muitos países da região.⁵¹¹ Já em

⁵⁰⁷ LEMGRUBER, Julita et al. *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, 2013, p. 17.

⁵⁰⁸ LEMGRUBER, Julita et al. *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: avaliação do impacto da Lei 12.403/2011(...)*, p. 17.

⁵⁰⁹ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011(...)*, p. 101.

⁵¹⁰ BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo(...)*, p. 122.

⁵¹¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, 2013, p. 1. Disponível em

2011, em seu “*Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*”, a Comissão havia ressaltado o uso excessivo da “detenção preventiva” como grave deficiência dos sistemas penais da região, com repercussão direta nas questões de superlotação carcerária e confusão entre presos provisórios e definitivos.⁵¹²

ZAFFARONI ressalta o predomínio da “pena antecipada” na justiça penal latino americana. Fala-se em 70% (setenta por cento) de presos provisórios na região, sendo que dessa cifra entre 20% (vinte por cento) e 25% (vinte e cinco por cento) seriam absolvidos ou soltos ao final do processo. Em suma: são presos por nada.⁵¹³

As pesquisas apontam, ainda, para o cenário histórico de criminalização da miséria. Segundo conclusão do Instituto do Direito de Defesa, tendo por objeto específico a custódia cautelar na capital paulista, vive-se, sem dúvida alguma, uma cultura de encarceramento em massa da população pobre. O estudo registra que um quarto da população carcerária na espécie era composta por moradores de rua, ou seja, pessoas que já viviam em situação de miserabilidade plena antes da prisão e que apenas terão reforçada a sua precária condição social após a intervenção penal. Trata-se, em suma, de verdadeiro círculo vicioso patrocinado em grande parte pelo descaso estatal.⁵¹⁴ O retrato de criminalização da pobreza, por óbvio, não é exclusividade da capital paulista; a mesma conclusão encontra-se estampada em todas as pesquisas nacionais a respeito da população carcerária, inclusive nos documentos oficiais *supra* referidos.

<<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>>. Acesso em: 23 Jul. 2015.

⁵¹² A CIDH aponta em seu informe: “El uso excesivo de la detención preventiva es otro de los graves problemas presentes en la absoluta mayoría de los países de la región, éste es a su vez la causa de otros serios problemas como el hacinamiento y la falta de separación entre procesados y condenados” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, 2011, p. 1. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 23 Jul. 2015).

⁵¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Palavra dos Mortos: conferências de criminologia cautelar*. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (Coord.). Coleção Saberes Críticos. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444.

⁵¹⁴ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *SOS LIBERDADE: relatório de pesquisa. O Impacto da Lei n 12.403/11 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista(...)*, p. 52.

ZAFFARONI aponta para o velho problema criminológico positivista da periculosidade sem delito como importante chave das altas taxas de encarceramento, senão vejamos:

“Esses sequestros estatais ou esses *presos para nada* são selecionados de acordo com os estereótipos, e a prisão atua, neste caso, conforme a velha periculosidade sem delito que a inquisição policial do positivismo propunha há um século atrás. Na verdade, no final do tempo transcorrido, podemos observar que a proposta do positivismo racista tem sido acolhida e a periculosidade sem delito funciona, só que disfarçada de prisão processual cautelar ou de prisão preventiva (...) A periculosidade é o mesmo elemento discursivo genocidário que muda de objeto, e passa da colônia à grande cidade da metrópole”⁵¹⁵

Os dados empíricos apenas estão a evidenciar os objetivos reais do sistema penal: o caráter político desse setor do ordenamento jurídico que funciona como epicentro do controle social, garantindo as condições de vida para os membros das classes dominantes em detrimento das classes subjugadas pelo capital.⁵¹⁶ Trata-se do sistema penal em pleno exercício da sua função garantidora de uma ordem social nitidamente desigual.⁵¹⁷

3.5. Marginalizados e Perigosos: seletiva e autoritariamente encarcerados!

A neutralização dos miseráveis, pela via do sistema penal, nítida demanda gerada pela exclusão capitalista, depende necessariamente da redefinição das “classes perigosas” como “classes de criminosos”.⁵¹⁸ A verdade, como diria CHRISTIE, é que são as decisões político-culturais que determinarão as estatísticas de encarceramento, e não o nível ou evolução da criminalidade.⁵¹⁹

⁵¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Palavra dos Mortos: conferências de criminologia cautelar(...)*, p. 446.

⁵¹⁶ NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil(...)*, p. 38.

⁵¹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral(...)*, p. 10 - 14.

⁵¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 57.

⁵¹⁹ CHRISTIE, Nils. Elementos de Geografia Penal. *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro, ano 07, n. 11, 1 sem. 2002, p 93.

Sublinhe-se: decisões político-culturais de criminalização orientadas pela estrutura econômica.⁵²⁰ A eliminação de sujeitos “perigosos”, impróprios ao trabalho e à disciplina, como medida de escoamento de mão-de-obra excedente e desqualificada, por intermédio do sistema penal, vem sendo denunciada há tempo pela criminologia crítica.⁵²¹ Nós, na nossa margem, conhecemos bem essa empreitada: “o imenso genocídio iniciado na colonização, aprofundado no escravismo e eternizado pelo capital”.⁵²²

Inegável que a questão criminal relaciona-se diretamente com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social.⁵²³ Aliás, é justamente nesse contexto de reforço das contradições de classes na formação social, bem como de utilização dos processos de criminalização e demais instrumentos do sistema penal para o controle social, na perspectiva de tutela das relações de produção na estrutura econômica, que ganha ainda mais importância a “criminologia radical”.⁵²⁴ Uma espécie de criminologia que, na contramão das

⁵²⁰ MARX, Karl. Teorias da Mais-Valia – História Crítica do Pensamento Econômico. In: _____. *O Capital*. Livro 4. V. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, p. 383. “O crime retira do mercado de trabalho parte da população superflua e por isso reduz a concorrência entre os trabalhadores, impede, até certo ponto, a queda do salário abaixo do mínimo, enquanto a luta contra o crime absorve parte dessa população. O criminoso aparece como uma daquelas ‘compensações’ naturais, que restabelecem um equilíbrio adequado e abre ampla perspectiva de ocupações ‘úteis’”.

⁵²¹ Cf., por todos, RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

⁵²² BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*(...), p. 33.

⁵²³ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*(...), p. 23: “A questão criminal se relaciona então com a posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social. Assim, a criminologia e a política criminal surgem como eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital. A história da criminologia está, assim, intimamente ligada à história do desenvolvimento do capitalismo”.

⁵²⁴ A criminologia crítica de viés radical não limita suas análises ao campo jurídico; pelo contrário, destaca as inter-relações do direito com outros campos, principalmente a economia e a política. Tendo em vista sua base marxista não se restringe à propositura de mudanças no sistema penal. A discussão torna-se muito mais ampla e passa pelas estruturas político-econômicas, na linha do materialismo histórico. Willem Bongers (1876-1940), Evgeni Pachukanis (1891-1938) e Georg Rusche (1900-1950) são considerados referenciais históricos dessa criminologia marxista (ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*(...), p. 615). Ademais, com influência direta na formação criminológica crítica brasileira, citem-se os importantes nomes de Alessandro Baratta e Juarez Cirino dos Santos. A propósito, quanto ao professor Juarez Cirino dos Santos, tem-se que “A Criminologia Radical” foi justamente o tema de sua tese de doutoramento em direito penal, apresentada na Faculdade de Direito da UFRJ, ainda na época da ditadura militar, posteriormente transformada em livro, tornando-se obra fundamental no pensamento criminológico (crítico) nacional. (Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 3 ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008).

distorções positivistas, rompe com a suposta neutralidade do direito, desvelando as implicações entre a estrutura econômica e as superestruturas jurídicas e políticas do Estado, mistificando o conjunto das relações sociais.⁵²⁵

O fato é que temos no Brasil uma grande massa de excluídos socialmente atingidos diariamente pelos efeitos perversos da criminalização global.⁵²⁶ Desde os primeiros desenhos do sistema penal brasileiro, sempre houve uma preocupação, declarada ou disfarçada, em direcionar o aparato punitivo para grupos sociais marginalizados.⁵²⁷ A grande maioria dos “excluídos nacionais”, principalmente negros e pobres, sofrem com o cotidiano da punição e suas medidas de neutralização, conforme retratam as pesquisas sobre o atual sistema de justiça criminal.⁵²⁸

O Brasil de hoje, um país formalmente democrático, porém demarcado pela abissal desigualdade e grotesca concentração de rendas,⁵²⁹ ainda sofre uma forte influência do positivismo criminológico e do seu correlato “darwinismo social”, inscrito no cotidiano do aprisionamento seletivo da população marginal.⁵³⁰

Com efeito, o positivismo revela-se tão antigo quanto atual, tão discriminatório quanto simulado. Os seus fundamentos ainda informam as

⁵²⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juez. *A Criminologia Radical*(...), p. 125 - 132.

⁵²⁶ A respeito da perspectiva macrosociológica na análise do processo de seleção da população criminosa, BARATTA afirma: “se partirmos de um ponto de vista mais geral, e observarmos a seleção da população criminosa dentro da perspectiva macrosociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos” (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal(...), p. 106).

⁵²⁷ Hugo SANTOS denuncia como esse direcionamento punitivo para “a margem” opera ao nível da legislação e da própria população. Desde as medidas legais criminalizadoras da capoeiragem (negros ex-escravos), da mendicância (a ralé desempregada) e da greve (operários industriais) até as práticas penais consentidas, ou melhor, apoiadas socialmente para a exclusão de “classes perigosas” por meio de filtros seletivos de controle (SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos Críticos de Criminologia e Direito Penal*(...), p. 61).

⁵²⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2014*(...); BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*(...); BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Junho de 2014*(...).

⁵²⁹ SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira*(...), p. 10.

⁵³⁰ NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação*: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil(...), p. 49.

práticas reais do poder punitivo numa sociedade que demanda, a todo tempo, por ordem e segurança. Trata-se, sem dúvida, de flagrante permanência histórica autoritária que se ocupa da instrumentalização do controle social individual e coletivo dos chamados “resistentes à disciplina do sistema”.⁵³¹

Nos dizeres de Vera BATISTA,

“Se a história da criminologia é uma acumulação de discursos, podemos ver o positivismo como uma grande permanência: transfigurado em funcionalismos, estruturalismos e outros ismos, mas sempre lá, como um corpo teórico, uma maneira de pensar e pesquisar que sempre nos afastou do nosso povo”.⁵³²

Christiano FRAGOSO também denuncia essa continuidade do pensamento criminológico positivista, historicamente adotado pelos nazistas, revelador de uma ideologia tipicamente autoritária, na medida em que estabelece uma concepção anti-igualitarista da sociedade, que usa para clamar por certa ordem, e que propicia a vulneração de direitos individuais daqueles que são reputados inferiores.⁵³³

Não se pode esquecer que o impulso da criminologia positivista e a entrada em cena da categoria periculosidade relacionam-se com o fato de a concepção liberal-individualista estruturada na razão não corresponder às expectativas empírico-organicistas deflagradas por Darwin e Spencer. Conforme os representantes deste novo modelo criminológico embriagado pelo evolucionismo, a centralidade do estudo do fenômeno criminal deveria migrar da análise do crime como entidade normativa abstrata para as discussões a respeito do homem natural, em concreto. Nesse contexto, portanto, à ciência criminológica incumbiria estabelecer métodos e critérios de observação científica do *homo criminalis*, de forma a identificá-lo, classificá-lo e diferenciá-lo dos demais seres humanos.⁵³⁴

Desde a frenologia oitocentista, com as determinações biológicas da criminalidade, até o ponto alto da criminologia etiológica individual com o

⁵³¹ DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia*(...), p. 21.

⁵³² BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*(...), p. 17.

⁵³³ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*(...), p. 341.

⁵³⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*(...), p. 272.

positivismo da escola italiana, a racionalidade é absolutamente contra igualitária. Com o giro criminológico do delito para o delinquente e sua anormalidade, amparado em supostas demonstrações científicas e justificadoras das desigualdades, ganha cada vez mais força a seletividade penal.

A propósito, vale lembrar que a seletividade constitui “a função real e a lógica estrutural de funcionamento do sistema penal, comum às sociedades capitalistas patriarcais”, nas palavras de Vera ANDRADE. E, mais, nada evidencia melhor a seletividade do que a clientela das prisões, demonstrando que “a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide seletiva e de modo estigmatizante sobre a pobreza e a exclusão social”.⁵³⁵

Consoante leciona BARATTA,

“É na zona mais baixa da escala social que a função selecionadora do sistema se transforma em função marginalizadora, em que a linha de demarcação entre os estratos mais baixos do proletariado e as zonas de subdesenvolvimento e de marginalização assinala, de fato, um ponto permanentemente crítico, no qual, à ação reguladora do mecanismo geral do mercado de trabalho se acrescenta, em certos casos, a dos mecanismos reguladores e sancionadores do direito. Isto se verifica precisamente na criação e na gestão daquela zona particular de marginalização que é a população criminoso”.⁵³⁶

O foco da seletividade penal, conforme detectado pela criminologia crítica, reside exatamente nas pessoas mais débeis da teia social, ou seja, aquelas sem poder econômico, político ou midiático.⁵³⁷ Alvos da criminalização mediante um processo de seleção extrema que caracteriza a própria estrutura do poder punitivo e, por conseguinte, nunca será dele suprimido.⁵³⁸ Realmente, estamos

⁵³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012, pp. 137, 138.

⁵³⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*(...), p. 172. A mesma denúncia a respeito da seletividade penal pode ser encontrada em PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.141.

⁵³⁷ NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*(...), p. 34.

⁵³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*(...), p. 170.

diante de um modelo criminal autoritário marcado pela estigmatização e pela exclusão da “ralé brasileira”⁵³⁹.

A considerar essa função jurídico-penal⁵⁴⁰ de “reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade”⁵⁴¹ de um lado, e o elevado potencial de “explicação” e reforço da seletividade penal que apresenta a teoria criminológica positivista de outro, parece emergir uma importante chave de leitura para o sucesso desse movimento e suas permanências históricas.

Não se pode esquecer, ainda, que a periculosidade, tão referida pelo positivismo criminológico, opera numa lógica de virtualidade; por óbvio, absolutamente desigual, como é a própria marca do sistema penal. Vale conferir a explicação de FOUCAULT sobre o tema:

“A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam”.⁵⁴²

É justamente dessa virtualidade da periculosidade e dos seus jogos de linguagem na articulação com os primados da defesa social que tem se valido as funções reais do sistema criminal.

⁵³⁹ Jessé Souza, em sua teoria crítica da desigualdade social brasileira, parte de uma visão que supera o método puramente economicista, dirigido apenas pelo critério da distribuição de renda para a estruturação da divisão de classes sociais. Pensa os diferentes estratos sociais (classe alta, classe média e classe oprimida) com base na ideia de capital humano. Neste contexto que surge a categoria “ralé brasileira”, enquanto uma das subdivisões da classe oprimida, marcada pelo regime da subvida e da subcidadania, alijada por completo das instâncias de capital econômico e cultural (SOUZA, Jessé. *A Ralé Brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2009).

⁵⁴⁰ Segundo Leandro Gornicki NUNES, “o Direito Penal é um sistema de relações sociais, reflexo do modo de produção, determinado pelo interesse de classe, sendo sancionado e tutelado em face das violações pela organização da classe dominante, ou seja, o Estado (caráter burguês-capitalista do normativismo tradicional)” (NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil(...)*, p. 26-27).

⁵⁴¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal(...)*, p. 175.

⁵⁴² FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 17.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A periculosidade constitui dispositivo central no sistema penal para a contenção das massas marginalizadas. O poder punitivo encontrou na perigosidade, desde a sua formulação teórica pela *Scuola Positiva* italiana na criminologia dos oitocentos até a sua recepção brasileira e histórica perpetuação pelo saber criminal tradicional, inclusive do século XXI, um importante instrumento para a concretização de seus objetivos reais.

O discurso, absolutamente conveniente aos interesses da burguesia emergente do século XIX, continua de extrema utilidade às classes dominantes. As medidas de segurança e as prisões preventivas para o controle das classes miseráveis são formalmente justificadas por meio de operações linguísticas articuladas em torno das categorias teórico-positivistas da periculosidade criminal e da defesa social, invocando noções como “ordem pública” ou “normalidade” em contraposição a um suposto “risco” ou “perigo” de certos indivíduos à dita “coletividade”.

Os jogos de saberes e poderes, fomentados por um cientificismo clássico e comprometido com a manutenção das desigualdades sociais, atua sobre a população destituída de capital econômico, político e cultural. O corpo científico fornece não apenas o “*status*” de verdade incontestável como pretensa neutralidade axiológica a essas construções dogmáticas e autoritárias da esfera penal e processual penal.

Vale frisar que, diante deste histórico cenário de seletiva intervenção criminal baseada em paradigmas positivistas, apenas uma teoria realmente crítica do controle social do desvio e da criminalidade seria capaz de romper com esse nível de aparências jurídicas que formatam a ideologia oficial e, assim, denunciar as relações de poder que se nutrem dessa permanente segregação imposta à *underclass*, mais especificamente neste caso à “ralé brasileira”.

A problematização desses instrumentos penais que constituem a base de uma política de neutralização dos corpos sociais indesejáveis e dos inimigos do

capital representa, portanto, mais do que um simples objeto de estudo para a criminologia crítica; trata-se, em verdade, de sério compromisso político para a transformação da realidade social.

De fato, o questionamento da medida de segurança enquanto remédio penal para a periculosidade individual e proteção coletiva, colocando-se em xeque a construção do significante doença mental e seu uso higienista social, bem como o fundamento mítico da prognose delitiva, desponta como indispensável à revisão libertária dos instrumentos de contenção dos grupos marginalizados, nesse caso específico sob o rótulo da loucura criminosa.

Na mesma linha, embora dirigida aos imputáveis penalmente, situa-se a discussão sobre a prisão preventiva como providência cautelar processual penal, tradicionalmente apresentada sob a cláusula da excepcionalidade em nome da proclamada presunção de inocência, porém eficientemente operada pelo autoritarismo brasileiro, inclusive com chancela jurisprudencial suprema, especialmente no tocante à garantia da ordem pública, para o encarceramento em massa dos excluídos, conforme demonstram as pesquisas a respeito do nosso sistema de justiça criminal.

Com efeito, o desvelamento dessas estruturas jurídicas históricas, calcadas no dispositivo positivista da periculosidade, pode (e deve) contribuir para a diminuição do grau de autoritarismo do sistema penal, estabelecendo algum tipo de resistência materialmente democrática, em homenagem aos “ninguéns”, aos oprimidos pelo poder punitivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. O Positivismo Culturalista da Escola do Recife. In: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 303-326, maio/ago. 2003.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. 01 ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.
- ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, Criminologistas e Juristas: saber jurídico e a nova escola penal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal: parte geral*. v. 1. 3 ed. Recife: Editora Inojosa, 1977.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina. Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Sequência*, Universidade Federal de Santa Catarina, v. 16, n. 30, jun. 1995, p. 24. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- ANISTIA INTERNACIONAL. “Eles nos tratam como animais”. Tortura e maus-tratos no Brasil. Desumanização e impunidade no Sistema de Justiça Criminal. Londres: Anistia Internacional, 2001.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. 01 ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- ARENDT, Hannah. *Sobre a Violência*. Trad. André de Macedo Duarte. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem. In: BITTAR, W. B. (Org.). *A Criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARON, Raymond. *Etapas do Pensamento Sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Trad. André Estefam. Revisão, prólogo e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

_____. Principios del Derecho Penal Mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires: De Palma, ano 10, n. 40, 1987.

BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BASAGLIA, Franco. *A Instituição Negada*. 03 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____. As Instituições da Violência. In: *A Instituição Negada: relato de um hospital psiquiátrico*. Coordenado por Franco Basaglia. Tradução de Heloisa Jahn. 03 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

BATISTA, Nilo. Um importante estudo para tempos sombrios. In: *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*. n. 2. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. 02 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos. *O Pensamento Criminológico I: uma análise crítica*. Trad. Roberta Dubloc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. 1 ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto; Buenos Aires: Defensoria General de la Nación, 2008.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. 1 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRADLEY, Kate. Cesare Lombroso (1835 – 1909). In: HAYWARD, Keith; MARUNA, Shadd; MOONEY, Jayne (Org.). *Fifty Key Thinkers in Criminology*. 1 ed. Abingdon/UK: Routledge, 2010.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI Sistema Carcerário*. Brasília: Edições Câmara, 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Excesso de Prisão Provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos; Ipea, 2015 (Série Pensando o Direito; 54).

BRICOLA, Franco. Rapporti tra dommatica e politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, ano XXXI, fasc. 1, jan./mar., 1988.

BRITO e SOUTO, R. Medidas de Segurança: da criminalização da doença aos limites do poder de punir. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. t. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. t. III. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. *Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 01 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: parte general*. Madrid: Trotta, 2006.

BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973). In: *Código de Processo Civil: histórico da lei*. v.1. t. 1. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio Sistemático dei Provvedimenti Cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal de 1941)*. Publicada no DOU de 13 de outubro de 1941.

_____. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. v. I. Padova, Cedam, 1936.

_____. *Tratatto del Processo Civile*. Napoli: Morano Editore, 1958.

CARRARA, Francesco. Il diritto penale e la procedura penale. In: *Opuscoli di diritto criminale*. vol. V. Prato: 1873.

CARRARA, Sérgio. A História Esquecida: os manicômios judiciários no Brasil. *Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano*, São Paulo, v. 20, n. 1, abril, 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Pena e Garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens R. R.. *Prisão e Liberdade*. 1 ed. Org. Marcelo Semer e Marcio Sotelo Felipe. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014 (Coleção para entender direito).

_____; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro: dogmática e crítica*. v. I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASTEL, Norbert. *A Ordem Psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo*. Trad. Maria Thereza de Costa Albuquerque. 02 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v.1. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. v. I. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957.

_____. *Principii di Diritto Processuale Civile*. 1ed. Napoli: Nicola Jovene, 1906.

_____. *Principii di Diritto Processuale Civile*. 4 ed. Napoli: Nicola Jovene, 1928.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas Cautelares e Prisão Processual – comentários à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011*. 01 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CHRISTIE, Nils. Elementos de Geografia Penal. *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro, ano 07, n. 11, 1 sem. 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 3 ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

_____. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Criminologia e Política Criminal. In BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *A Criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 05 ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

_____. *Teoria de Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

COHEN, Cláudio; FIGARO, Claudia Jorge. Crimes relativos ao abuso sexual. In: ____; FERRAZ, Flávio Carvalho; SEGRE, Marco (Coord.) *Saúde mental, crime e justiça*. São Paulo: EDUSP, p. 149-169, 1996.

COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva (Lecciones 1 y 2). Discurso sobre el Espíritu Positivo*. Buenos Aires: Claridad, 2014.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CORRÊA, Mariza. *As Ilusões da Liberdade: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 03 ed. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2013.

_____. Raimundo Nina Rodrigues e a “Garantia da Ordem Social”. In: *Revista USP*, São Paulo, n. 68, dez./fev. 2005-2006.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Medida de Segurança. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, EMERJ, v. 10, n. 37, 2007, p. 33. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista37/Revista37_17.pdf>. Acesso em: 02 Jan. 2016.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; Zolo, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Colaboração de Emilio Santoro. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

- _____. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (por prefácios selecionados)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A Lide Cautelar no Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 1992.
- DARMON, Pierre. *Médicos e Assassinos na “Belle Époque”*: a medicalização do crime. Trad. Regina Grisse de Agostino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- DE LUCA, Giuseppe. *Lineamenti della Tutela Cautelare Penale: la carcerazione preventiva*. Padova: Cedam, 1953.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e Sua Criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004 (Coleção Pensamento Criminológico, v. 9).
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São
- _____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- DINIZ, Debora. *A Custódia e o Tratamento Psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 05 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. 03 ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2011.
- _____. *Por Uma Teoria do Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. Lisboa: Presença, 1980.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. 4 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.
- FALS BORDA, Orlando. *Ciencia Propia y Colonialismo Intelectual*. México: Editorial Nuestro Tiempo, 1974.

FERLA, Luis. *Feios, Sujos e Malvados sob Medida: a utopia médica do biodeterminismo*. São Paulo: Alameda, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 07 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Og. Constituição, Processo e Prisão. In: *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. Antônio Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 04 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 04 ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FERRI, Enrico. *Delinquente e Responsabilidade Penal*. Trad. Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006.

_____. *Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. Trad. Don Isidro Perez Oliva. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1887.

_____. *Sociologia Criminal*. Trad. Soneli Maria Melloni Farina. Campinas: Minelli, 2006.

_____. *Sociologia Criminale*. 4 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900.

FOUCAULT, Michel. A evolução da noção de “indivíduo perigoso” na psiquiatria legal do século XIX. In: _____. *Ética, Sexualidade e Política. Coleção Ditos & Escritos*. vol. V. Org. Manoel Barros da Motta. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. *A Ordem do Discurso: aula inaugural no Collège de France*, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *Doença Mental e Psicologia*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1998.

_____. *História da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

_____. *O Poder Psiquiátrico*: curso dado no Collège de France (1973-1974). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Os Anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. Precisões sobre o Poder. Respostas a certas Críticas. In: _____, *Estratégia, Poder-Saber. Coleção Ditos & Escritos*. vol. IV. Org. Manoel Barros da Motta. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e Sistema Penal*. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Sistema do Duplo Binário: vida e morte. In: *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 32, jul./dez., 1981, Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro.

FRAYZE-PEREIRA, João A. *O que é Loucura*. 03 ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FREDERICO MARQUES, José. A Prisão Preventiva Compulsória. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 ed. Campinas: Millenium, 2000.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. *As Razões do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARCIA, Basileu. Regimes adequados ao cumprimento das penas de reclusão e detenção - estabelecimentos de prisão provisória. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 37, p. 117, jan. 1942. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65988/68599>>. Acesso em: 22 Jul. 2015.

GAROFALO, Rafaelle. *La Criminología: estudio sobre el delito y la teoría de la represión*. Trad. Pedro Borrajo. Montevideu: Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

_____. *Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal*. Trad. Julio de Mattos. São Paulo: Teixeira, 1893.

_____. *La Detenzione Preventiva*. In: *La Scuola Positiva*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1892.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e Aceleração (mito, verdade, tempo). In: _____ (Org.). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica aos Obstáculos Epistemológicos da Prisão Cautelar*. 2008. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais. In: FERNANDES, Og (Coord). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. Antônio Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei n. 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. Trad. Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote Garcia, Davi Tangerino. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GORNICKI NUNES, Leandro. *Culpabilidade e Exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 02 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 01 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. v. I. tomo II: arts. 11 ao 27. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

IBRAHIM, Elza. *Manicômio Judiciário: da memória interrompida ao silêncio da loucura*. Curitiba: Appris, 2014.

KARAM, Maria Lúcia. *Punição do Enfermo Mental e Violação da Dignidade*. In: *Verve*. São Paulo, v. 2, 2002.

KHALED JR, Salah H. . *A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, P. J.. *The Cesare Lombroso Handbook*. 1 ed. Abingdon/UK: Routledge, 2013.

LEMGRUBER, Julita et al. *Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: avaliação do impacto da Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LINDESMITH, Alfred; LEVIN, Yale. The Lombrosian Myth in Criminology. *American Journal of Sociology*, vol. 42, n. 5, mar.1937, pp. 653-671. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2767760>. Acesso em: 14 Set. 2015.

- LOMBROSO, Cesare. *O Homem Criminoso*. Trad. Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editoria Rio, 1983.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento*. Trad. Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- MAIER, Julio B. J.. *Derecho Procesal Penal*. t. I. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1996.
- MALAN, Diogo. Ideologia Política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: _____; MELCHIOR, Antônio Pedro; SULOCKI, Victoria-Amália de. *Autoritarismo e Processo Penal Brasileiro*. Diogo Malan e Geraldo Prado (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*. Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. v. I. Lisboa: Fundação Calouste, Gulbenkian, 1965.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MARTINS, Salgado. *Sistema de Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.
- MARX, Karl. Teorias da Mais-Valia – História Crítica do Pensamento Econômico. In: _____. *O Capital*. Livro 4. V. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.
- MATTOS, Virgílio de. *Crime e Psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. 01 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos Críticos de Direito Penal: dos princípios penais de garantia*. São Paulo: Atlas, 2014.

- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2 ed. Trad. de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1994.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a Las Bases Del Derecho Penal: concepto y método*. 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 03 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para Um Processo Penal Democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MORIN, Edgar. Complexidade e Liberdade. In: _____; PRIGOGINE, Ilya (Org.). *A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo*. 2 ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2014.
- NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de Segurança*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1937.
- O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacionai de Los Derechos Humanos*. 2 ed. Lima: Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.
- PALAO, Julio Banacloche. *La Libertad Personal y Sus Limitaciones: detenciones y retenciones em el derecho español*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PISANI, Andrea Porto. Chiovenda e La Tutela Cautelare. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 43, 1988.
- PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória. In: *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. Antônio Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado,

Gustavo Henrique Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 8 ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2012.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Manicômios, prisões, reformas e neoliberalismo. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 71-76, 1997.

RICOEUR, Paul. *História e Verdade*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. t. 1. 1 ed. Trad. e notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editora Civitas, 1997.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. v.1: *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos Críticos de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Ivan Luiz da. Introdução ao Racionalismo e ao Positivismo Criminológicos. *Revista dos Tribunais*, ano 93, v. 828. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. As Medidas Cautelares Pessoais no Projeto de Código de Processo Penal – PLS n. 156/2009 – uma leitura a partir do princípio da presunção de inocência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org). *O Novo Processo Penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 247 - 270.

SOUTO, Ronya Soares de Brito e. Medidas de Segurança: da criminalização da doença aos limites do poder de punir. In: CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da sociedade periférica. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

_____. *A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.

SZASZ, Thomas Stephen. *A Fabricação da Loucura: um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental*. Trad. Dante Moreira Leite. 03 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

_____. *Ideologia e Doença Mental: ensaios sobre a desumanização psiquiátrica do homem*. Trad. José Sanz. 02 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.

_____. *O mito da doença mental: fundamentos de uma teoria da conduta pessoal*. Trad. Irley Franco e Carlos Roberto Oliveira. 02 ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1982.

_____. *La loi, la liberté et la psychiatrie*. Paris: Payot, 1977.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jack. *La Nueva Criminologia: contribución a uma teoría social de la conducta desviada*. 3 ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2007.

TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela Cautelar e Antecipação de Tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e processo cautelar*. v. II. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TIBURI, Marcia. *Como Conversar com um Fascista: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

_____. *Filosofia Prática: ética, vida cotidiana, vida virtual*. Rio de Janeiro: Record, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. *A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WACQUANT, Loïc. *As Duas Faces do Gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo 2008.

WARAT, Luis Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis: UFSC, n. 5, p. 48 - 57, jun. 1982.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. 1 ed. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Palavra dos Mortos: conferências de criminologia cautelar*. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (Coord.). Coleção Saberes Críticos. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Criminología: aproximación desde un margen*. v. I. Bogotá: Temis, 1998.

_____. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *O Inimigo no Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____.; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. v. 1. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DOCUMENTOS COM REFERÊNCIA NA INTERNET

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2014/15: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Disponível em <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Web-Informe-2015-03-06-final.pdf>>. Acesso em: 26 Fev. 2015.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Brasília: Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - DMF. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 14 Jul. 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14 Jul. 2015.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro de 2014*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>. Acesso em: 26 Abr. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, 2013. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>>. Acesso em: 23 Jul. 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, 2011. Disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>. Acesso em: 23 Jul. 2015).

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/315848.doc>. Acesso em 22 Jul. 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

Acesso em 22 Jul. 2015.

DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789.

Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em 23 Jul. 2015.

INTERNACIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES – ICPS. *World Prison Population List*. King's College de Londres/Reino Unido. Disponível em: <www.prisonstudies.org>

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *SOS LIBERDADE: relatório de pesquisa. O Impacto da Lei n 12.403/11 nas decisões judiciais de análise da legalidade da custódia cautelar na capital paulista*, 2014. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2014/03/SOS_Liberdade_IDDD.pdf>.

Acesso em: 16 Jan. 2016.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS.

Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em 22 Jul. 2015).

PESQUISA JURISPRUDENCIAL

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma. HC n. 93.012/DF. Rel. Min. Menezes Direito. Julgamento em 12.02.2008. Publicação em 28.03.2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC n. 104.877/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 01.03.2011. Publicação em 17.06.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC n. 105.879/PE. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 05.04.2011. Publicação em 24.08.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC n. 123211/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 24.02.2015. Publicação em 10.03.2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. HC n. 127457/BA. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento em 09.06.2015. Publicação em 01.07.2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RHC n. 59.198/SP. Rel. Min. Firmino Paz. Julgamento em 15.09.1981. Publicação em 02.10.1981.